

**ALGUNAS CUESTIONES CONCURSALES RELATIVAS A LOS GRUPOS
DE SOCIEDADES**

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

Anuario de Derecho Concursal nº 5 (2005), pp. 7-60

ISSN 1698-997X

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

**ALGUNAS CUESTIONES CONCURSALES RELATIVAS A
LOS GRUPOS DE SOCIEDADES***

**Juan Sánchez-Calero Guilarte
Catedrático de Derecho Mercantil**

Al Profesor Manuel Olivencia

SUMARIO:

I.-	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	4
	1. <i>Deficiencias normativas e importancia de la función judicial</i>	4
	2. <i>El entendimiento de los grupos como presupuesto de su tratamiento concursal.....</i>	7
	3. <i>Vinculación patrimonial y autonomía jurídica en el grupo...</i>	14
	4. <i>El concurso de grupos como concurso internacional.....</i>	20
II.-	LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.....	23
	1. <i>Grupos y presupuesto subjetivo del concurso.....</i>	23
	2. <i>Referencias a los preceptos concursales aplicables a los grupos.....</i>	30
	3. <i>Los efectos del concurso sobre la relación de grupo.....</i>	33
III.-	LA INICIACIÓN DEL CONCURSO VOLUNTARIO: EL CONOCIMIENTO DE LA INSOLVENCIA DENTRO DEL GRUPO.....	35
	1. <i>¿Son los administradores conocedores de la insolvencia?.....</i>	35
	2. <i>La solicitud del concurso como competencia autónoma de los administradores.....</i>	38
	3. <i>El conocimiento de la insolvencia en el seno de la sociedad....</i>	40
	4. <i>Administración colegiada e iniciación del concurso.....</i>	43
	5. <i>La presunción del conocimiento de la insolvencia por el deudor.....</i>	44
	6. <i>La función del auditor.....</i>	46

* Mi agradecimiento a Mónica Fuentes, que leyó el borrador de este trabajo, me hizo comentarios útiles y facilitó algunos materiales.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2004-03259/JURI, que ha sido financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

IV.-	LA LEGITIMACIÓN DE TERCEROS PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	48
	1. <i>Los socios legitimados</i>	48
	2. <i>La responsabilidad del solicitante</i>	49
	3. <i>Alcance de la solicitud del concurso</i>	50
V.-	LA COORDINACIÓN DE LOS CONCURSOS DE SOCIEDADES DE UN MISMO GRUPO.....	51
	1. <i>Grupos y concursos vinculados</i>	51
	2. <i>El art. 3.5 LC y su heterogéneo ámbito de aplicación</i>	57
	3. <i>Requisitos adicionales de la declaración conjunta de concurso</i>	59
	4. <i>La acumulación de concursos de sociedades vinculadas</i>	62
	5. <i>Las reglas sobre competencia territorial: apuntes críticos</i>	65
VI.-	LOS CRÉDITOS DEL GRUPO COMO CRÉDITOS SUBORDINADOS.....	66
	1. <i>La solución legislativa</i>	66
	2. <i>Financiación intragrupo y subordinación: sus posibles consecuencias concursales</i>	69
	3. <i>La subordinación "automática" ¿seguridad contra justicia?</i>	73
VII.-	UN APUNTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD DOMINANTE O DEL GRUPO POR LAS DEUDAS DE LA SOCIEDAD INSOLVENTE.....	80
VIII.-	RECAPITULACIÓN.....	86

Como no podía ser de otro modo, la aprobación de la reforma concursal ha venido acompañada de una adecuada respuesta doctrinal. Al igual que ha sucedido en los últimos decenios en otros ámbitos del Derecho mercantil, tan pronto como se advirtió que, por fin, los Proyectos legislativos iban a desembocar en un nuevo panorama largamente esperado, *"lo concursal"* ha atraído una intensa y prolífica atención doctrinal, plasmada inicialmente en varias contribuciones sobre el entonces régimen venidero. Una vez que el legislador ha finalizado su labor, dando lugar a una radical modificación de las normas concursales, el interés doctrinal continúa deparando nuevas contribuciones que acompañan la entrada en vigor de las nuevas leyes, lo que ha de facilitar singularmente su conocimiento, interpretación y aplicación. Para la mejor ejecución de esa tarea, la existencia de publicaciones periódicas como la que hoy acoge este artículo resulta indispensable y justifica una pública felicitación a sus promotores y responsables.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1. Deficiencias normativas e importancia de la función judicial.

El título de esta contribución reclama alguna explicación, en especial en cuanto al contenido y alcance de las páginas que siguen. Vincular el procedimiento concursal con la disciplina de los grupos de sociedades es materia que provoca una inacabable relación de cuestiones proyectadas sobre un tema doblemente arduo¹. Pues bien, no debe el lector esperar encontrar a continuación respuesta al amplio cuestionario

¹ Como se ha observado, la insolvencia complica una realidad –el grupo– ardua de por sí: v. CORSI, F., "L'insolvenza nel gruppo", en AA.VV., *I gruppi di società*, t. II, Milán (1996), p. 1.057.

que esa relación permite construir, sino un resultado mucho más modesto. Lo que se ofrece es una sencilla exposición de algunas de las principales cuestiones que provoca la aplicación de los preceptos fundamentales de la Ley Concursal (en adelante "LC") a los grupos de sociedades. Son cuestiones que aparecen, por ejemplo, en el ámbito preconcursal, en la iniciación del procedimiento, en la declaración del mismo, en los efectos de tal declaración, en el tratamiento de las masas activa y pasiva, en la calificación y, por supuesto, en materia de responsabilidad. Al término de esta exposición, confiamos haber aportado alguna claridad a las dos preguntas fundamentales: ¿existe dentro de la LC un régimen concursal específico para los grupos? y, en tal caso ¿cómo trata la nueva Ley a los grupos?.

Al abordar esas cuestiones, parece oportuno formular algunas advertencias adicionales. El tema examinado nos obliga a movernos en la confluencia de dos sistemas normativos que, a pesar de compartir una inspiración común, distan mucho de poner a disposición del intérprete normas siempre coordinadas, cuando no abiertamente contradictorias. La defensa de los intereses de los acreedores ante la insolvencia del deudor común es el objetivo principal de la normativa concursal. También lo es, junto a la tutela de los intereses de los llamados socios externos, el propósito de buena parte de la disciplina de los grupos de sociedades². Pero esa coincidencia en los propósitos se ve acompañada por una situación legislativa dispar. Ante todo, porque nuestro Derecho de grupos carece de una regulación sustantiva que facilite dar respuesta a cuestiones de tal naturaleza que puedan plantearse en el marco del procedimiento concursal, carencia que encuentra en buena parte su razón de ser en el

² V., SÁNCHEZ CALERO, F., "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades", RDBB 77 (2000), pp. 21-23.

alejamiento que se advierte entre los presupuestos de los que parte nuestro ordenamiento societario y la propia realidad de los grupos³.

Esa situación normativa debe ser destacada por lo que supone de dificultad al abordar las muchas preguntas que provocará la proyección de un procedimiento concursal sobre una sociedad integrada en un grupo. Subrayar esa circunstancia permite igualmente resaltar la importancia de la función judicial y de la construcción jurisprudencial del Derecho concursal. En éste, el futuro complemento jurisprudencial de las nuevas normas (art. 1.6 LC) está llamado a tener singular importancia. Desde que la LC ha entrado en vigor, se está poniendo de manifiesto que el Derecho concursal viene siendo, en buena parte, un Derecho de inmediata y esencial elaboración judicial. En materia de concurso y grupos, no se trata sólo de que corresponderá al juez del concurso resolver las dudas que genera la LC en la aplicación de sus concretos preceptos que han contemplado la existencia del grupo, sino de realizar una genuina labor de integración jurídica, supliendo las notables lagunas (materiales y procesales) del ordenamiento y enunciando los principios conforme a los que afrontar esta materia⁴. Por eso, las cuestiones que se apuntan sobre "el concurso de grupos" y sus posibles soluciones contribuyen a valorar la complejidad de la función del juez del concurso y la importancia que para la seguridad jurídica tendrá la aplicación de criterios ponderados y uniformes.

³ V. las referencias que a ese desfase realiza PAZ-ARES, C., en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Madrid (1999), p. 1.335 y ss.

⁴ La importancia de esa labor ya se está advirtiendo en las primeras decisiones de los Juzgados mercantiles: algunas de ellas se mencionan en apartados posteriores (v. *infra* V).

2. *El entendimiento de los grupos como presupuesto de su tratamiento concursal.*

Ha de compartirse la observación que considera que el procedimiento concursal va a pasar a ser en la mayoría de las ocasiones, un procedimiento societario al tener como protagonista a una persona jurídica insolvente⁵. Los datos puestos de manifiesto por la experiencia vivida ante nuestros Tribunales y en otras jurisdicciones permiten vaticinar que no pocos concursos van a afectar a sociedades mercantiles vinculadas o a grupos societarios en su conjunto⁶. Desde luego, así ha sucedido en algunos de los concursos más graves, desde el punto de vista del número de perjudicados, en España y en la práctica internacional. Si abundan los concursos que de manera más o menos intensa alcanzan a un grupo de sociedades es, sencillamente, por la omnipresencia de los grupos societarios de naturaleza diversa en prácticamente todos los sectores de la actividad económica española⁷.

La habitual presencia de los grupos como sujetos de la actividad económica y, por lo tanto, como futuros protagonistas de procedimientos concursales requiere una aproximación a esa realidad en la que se abandone la predisposición negativa que se advierte en algunas opiniones,

⁵ V. MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, Madrid (2004), p. 31 y las contribuciones incluidas en la obra AA.VV., *El concurso de sociedades en el Derecho europeo (una experiencia comparada)*, Madrid (2005), en especial, SCHMIDT, K., "Sociedades, grupos de sociedades y Derecho concursal en Alemania", p. 71 y ss .

⁶ A pesar del carácter universal del concurso, el supuesto habitual será el que protagonicen sociedades mercantiles de capital: me remito a lo dicho en SÁNCHEZ-CALERO, J., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Sánchez-Calero, J./Guilarte, V.), t. I, Valladolid (2004), p. 48 y ss., al analizar el presupuesto subjetivo del concurso.

⁷ Sobre el nacimiento de la figura del grupo y su utilización, v. la recapitulación de GALGANO, F., *Il nuovo Diritto societario*², t. I, en AA.VV., *Tratato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'Economia*, vol. 29, Padua (2004), pp. 163-167.

de las que se dice que contemplan los grupos desde una visión patológica de tal fenómeno. Se aproximan al mismo bajo la consideración fundamental de los grupos como un peligroso instrumento de poder económico y como origen de variadas situaciones intolerables.

Los grupos plantean, en su funcionamiento, en sus relaciones internas y en su actuación frente a terceros, problemas jurídicos de enorme complejidad, pero ello no justifica su contemplación como una estructura empresarial intrínsecamente perjudicial. Ha de optarse por una posición contraria a esa desfavorable valoración. Al igual que tantas otras instituciones plenamente asentadas en la regulación económica, los grupos son una realidad empresarial nacida del desarrollo económico que reclama la unión, integración o colaboración entre empresas para poder adaptar las estructuras productivas a la demanda y dimensión de los mercados respectivos. El resultado es conocido: la *empresa policorporativa* que se presenta y es vista como un sujeto unitario. Justificación económica que resulta cada vez más indiscutible en el marco de una Economía *globalizada* o *transnacional*, en cuyo seno la dimensión de los grandes grupos está alcanzando dimensiones inimaginables no hace tanto, que incrementan las dudas sobre su adecuado tratamiento. Pero esas dudas y la certeza de que todo grupo plantea riesgos para intereses merecedores de protección⁸, ni deben impedir el reconocimiento de su legitimación como “una útil realidad económica”⁹, ni justifican el fácil trámite de su descalificación global.

⁸ Para una enunciación de los principales incentivos y riesgos inherentes a la existencia del grupo, v. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, *Konzernrecht*⁶, Munich (1997), p. 12 y ss., con amplia información bibliográfica.

⁹ La vigencia de estas ideas sobre la legitimidad de los grupos se pone de manifiesto en el *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruselas, 4 de noviembre de 2002, p. 94 y ss. (en adelante *Informe Winter*), en el que se relata como la posición del grupo destinada a proclamar la realidad de los grupos como el medio legítimo para la realización de actividades empresariales (en

La premisa ineludible en el acercamiento al tratamiento de los grupos debe ser, en mi opinión, la apuntada de forma repetida por la doctrina¹⁰: reconocer que estamos ante una realidad empresarial justificada, abandonando una predisposición que contempla el grupo como una estructura construida con una intención principal defraudatoria o censurable. Aproximación negativa que obedece en no pocos casos a una obcecada ignorancia de la racionalidad económica y de la indiscutible licitud que anida en la creación del grupo. Posición que parte de un deficiente entendimiento de los riesgos y problemas inherentes a la existencia de un grupo y a la falta de respuesta legislativa adecuada¹¹.

Desde el punto de vista jurídico, dar respuesta al fenómeno de los grupos se ha acreditado como una labor realmente difícil. Es evidente que es al legislador a quien compete abordar la realidad de esa empresa policorporativa, como también lo es que, una vez afrontada esa realidad, se advierte que los grupos constituyen realidades heterogéneas difícilmente reconducibles a un marco legal uniforme¹². Una mera aproximación nos sitúa ante una variopinta diversidad de grupos, tanto en lo que es su configuración formal (esencialmente por medio de sociedades de capital), como en su estructura interna¹³: así nos topamos con grupos

especial por grandes corporaciones) recibió un cuasi unánime respaldo en la fase de consulta pública de dicho Informe. Así se expone en el apartado titulado "The existence of groups of companies as a useful and legitimate economic reality".

¹⁰ La contumacia con que en ciertos ámbitos se invoca la visión negativa del grupo ha impulsado una reacción pedagógica entre los estudiosos del fenómeno: v. GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada (2001), p. 271 y ss. y DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.L., *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid (2004), p 102 y ss.

¹¹ V. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.L., *Derecho de grupos de sociedades*, pp. 33-35.

¹² V. por todos, la recapitulación de EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada (2003), pp. 1-5.

¹³ MASSAGUER, "La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)", RDM 192 (1989), p. 281.

verticales u horizontales, de hecho o contractuales, cooperativos, jerárquicos, etc. La terminología responde a la variedad de criterios clasificatorios que, a su vez, persiguen aprehender las distintas variantes conforme a las que se configuran los grupos.

La conveniencia de una aproximación especialmente cauta a esta materia viene aconsejada, además, por la variedad de situaciones que cabe analizar en la relación entre el concurso y la existencia de dos o más sociedades vinculadas. El concurso puede ser de la sociedad dominante o de una de sus filiales, o de varias de ellas de forma simultánea¹⁴. Es más, la experiencia revela que, con frecuencia, el concurso de puede "contagiar" entre las distintas sociedades, especialmente en aquellos grupos en los que entre sus componentes existen relaciones societarias, patrimoniales y contractuales que determinan que la insolvencia de una de esas sociedades salpique a las demás: el concurso actual de la primera vaticina el progresivo colapso de las segundas.

Quizás sea esa diversidad una de las razones que han determinado que el legislador se haya ocupado de los grupos de una manera fragmentaria, en relación sobre todo con intereses que demandaban una protección inaplazable (p.e., contabilidad, fiscalidad, tutela de los acreedores ante ciertas operaciones, etc.). En el plano mercantil, el modelo normativo repite un mismo esquema: la determinación del grupo es el presupuesto para la aplicación de normas que establecen, frecuentemente, determinados deberes o prohibiciones y el correspondiente régimen sancionador en el caso de su infracción (v., p.e., el art. 4 de la Ley 28/1988, de 27 de julio, del Mercado de Valores o los arts. 87 y 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas).

¹⁴ V. SCHMIDT, "Sociedades, grupos de sociedades y Derecho concursal en Alemania", que se refiere a la existencia de insolvencias en sentido ascendente y descendente dentro de la experiencia alemana, p. 79.

A pesar de la proliferación de normas mercantiles que contemplan el grupo, no se produce un reconocimiento a todos los efectos del mismo como titular de la actividad empresarial que desarrolla cada uno de sus integrantes, como tampoco se admite el principio de una responsabilidad patrimonial del grupo frente a terceros. Solución que, por el contrario, sí se ha adoptado en otras ramas de nuestro ordenamiento, sea por vía normativa (como siempre, el legislador fiscal es el más expeditivo¹⁵) o como resultado de la labor jurisprudencial (especialmente intensa en el ámbito social¹⁶).

De llegarse al procedimiento concursal, el inicial reconocimiento de la legitimidad del grupo y su correcto entendimiento como instrumento empresarial deben presidir el estudio de las causas de la insolvencia, la valoración de las operaciones y contratos celebrados con otras sociedades del grupo y, por supuesto, la responsabilidad derivada del concurso. La postura correcta en cada uno de esos aspectos tiene que considerar la noción del interés del grupo como el interés de una empresa multisocietaria, en donde una política empresarial conjunta se ejecuta

¹⁵ Art. 80 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades: "*Las sociedades del grupo fiscal responderán solidariamente del pago de la deuda tributaria, excluidas las sanciones*".

Procede matizar, en todo caso, el valor de esta opción. En el ámbito fiscal no se ha producido una responsabilidad solidaria y general del grupo, por cualquiera de las deudas tributarias de las que fuera titular alguna de sus integrantes. Esa responsabilidad solidaria opera sólo con respecto al Impuesto de Sociedades y lo hace a partir de la presentación de una declaración conjunta del Impuesto. Además, el concepto de grupo fiscal que establece el art. 67 de la indicada Ley 43/1995, es mucho más restringido que el establecido en la legislación mercantil (art. 42 Código de Comercio o art. 4 Ley del Mercado de Valores); v. SÁENZ DE OLAZAGOITIA, *La tributación consolidada de los grupos de sociedades: Régimen vigente y un modelo para su reforma*, Pamplona (2002), p. 47 y ss. y SANZ GADEA, E., "Régimen de los grupos de sociedades en el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: una nota de urgencia", *CEF Revista de Contabilidad y Tributación*, 224 (2001), vol. 1, p. 39.

¹⁶ V. una amplia referencia al inicio de esa orientación jurisprudencial en COLLADO, L., "Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresas", en AA.VV., *Grupos de empresas y Derecho del trabajo* (eds. Baylos, A./Collado, L), Madrid (1994), p. 297 y ss.

respetando la autonomía jurídica de las sociedades que lo integran¹⁷. Se ha señalado como uno de los problemas paradigmáticos de la creación y funcionamiento de los grupos la tensión existente entre el interés del grupo y los intereses de cada una de las sociedades que lo componen. Es un problema que afecta sobre todo a los gestores de las distintas sociedades. El administrador de una sociedad filial puede resistirse a actuar conforme al interés del grupo tomando en cuenta el riesgo de que los accionistas o los acreedores adopten acciones contra él argumentando que ha descuidado los intereses sociales¹⁸. Pero idéntico reproche pueden merecer los gestores de la dominante de sus accionistas por apoyar a sociedades vinculadas ineficientes o cuyo futuro permite barruntar dificultades y resultados negativos. Se trata de aceptar que todas las sociedades que integran un mismo grupo se ven sometidas a un interés integrador, que no es el propio de la sociedad dominante, sino un interés común que comporta beneficios para el grupo, aún a costa de perjudicar a una o varias sociedades dependientes¹⁹.

Someter la gestión de una sociedad dependiente al interés del grupo implica reconocer efectividad al poder de dirección, que autoriza a la sociedad dominante -a través de sus administradores-, que imparta instrucciones fundadas en aquel interés a los administradores de la sociedad dominada, incluso cuando con la ejecución de esas instrucciones

¹⁷ La noción tiene una gran significación práctica, en especial en el marco de la revisión jurisprudencial de ciertas operaciones societarias examinadas en el seno de una posterior insolvencia: v. la recapitulación de decisiones de la Corte de Casación italiana que recoge GALGANO, *Il nuovo Diritto societario*², t. I., p. 178 y ss.

¹⁸ V. *Informe Winter*, pp. 96-98.

¹⁹ Sobre el concepto del interés de grupo, v. GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, p. 266 y ss. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", RDM 246 (2002), pp. 1653-1663.

pueda ocasionar un daño a la sociedad²⁰. Reconocimiento que no tiene un carácter absoluto sino que, por el contrario, además de someter ese poder de dirección a los límites generales propios del ordenamiento societario²¹, apunta la necesidad de compensar a la sociedad filial ante los daños derivados del acatamiento del interés del grupo²². Preocupación que apunta, de manera indirecta, a la tutela de los intereses de los acreedores y de los accionistas externos al grupo²³.

Esos principios que deben presidir el funcionamiento normal de los grupos tienen que merecer idéntica consideración en el ámbito concursal. Por ejemplo, examinando con cautela las operaciones desarrolladas como consecuencia de la unidad de dirección y no incurriendo en la fácil calificación de toda operación entre empresas del propio grupo o con terceros derivadas de una coordinación empresarial del grupo como operaciones que permiten, sin más, calificar el concurso como culpable (cfr. art. 48.3 LC). Al analizar también la causa de la insolvencia, el informe

²⁰ Este es el principio expresamente acogido en el art. 594.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Madrid (2002), p. 217; en la doctrina, por todos, v. el amplio estudio de DE ARRIBA, *Derecho de grupos de sociedades*, p. 341 y ss .

²¹ Como dice el art. 594.2 de la citada Propuesta de Código: “*En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dominada*”; v. p. 217.

²² Esta orientación básica del Derecho de grupos, quedó expresamente acogida en el art. 595 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles: “*1. En el caso de que se ocasione algún perjuicio a la sociedad dominada por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá abonar a aquélla una compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dominada deberán expresar en la Memoria la causa y la cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y la cuantía y condiciones de pago de la compensación*” (p. 217). En igual sentido, v. *Informe Winter*, p. 97, que se remite además a la importante contribución del conocido *Forum Europaeum Derecho de Grupos*: v. “*Por un Derecho de los Grupos de Sociedades para Europa*”, en RDM 232 (1999), p. 445 y ss., en especial, pp. 548-557.

²³ V. *Informe Winter*, p. 97 que considera que compete a los Estados miembros establecer las reglas fundamentales para combinar el efectivo reconocimiento del interés del grupo con, entre otros objetivos, la defensa de los intereses particulares de los acreedores.

de los administradores concursales deberá ir más allá de la simple descripción de operaciones intragrupo y determinar si éstas encuentran su justificación en la actividad ordinaria de la sociedad insolvente (v. art. 75.1, 1º, en relación con el art. 6.2, 2º LC). Criterio que igualmente ha de limitar la eventual tendencia de los acreedores legitimados (art. 72.1 LC) a combatir esas operaciones económicamente racionales y jurídicamente legítimas entre sociedades del grupo por medio de las acciones de reintegración que autoriza el art. 71.1 LC, atendiendo en particular a la circunstancia subjetiva de la especial relación con la sociedad concursada. Estas acciones no deberían ejercitarse frente a aquellas operaciones justificables por el interés de grupo como actos ordinarios de la actividad empresarial (art. 71.5 LC).

El interés del grupo está sometido a límites repetidamente apuntados por la doctrina²⁴. Nota común a todos ellos es dar un valor relativo a la justificación de operaciones o decisiones sobre la base del interés del grupo o de la efectividad de la unidad de decisión, allí donde se han esgrimido para imponer decisiones que resultan desproporcionadas y llegan a amenazar la propia solvencia de las sociedades afectadas.

3. Vinculación patrimonial y autonomía jurídica en el grupo.

El problema del grupo no ha pasado desapercibido para el legislador concursal. La complejidad del problema -quizás sería más correcto hablar del catálogo de problemas- no facilita una enunciación

²⁴ V. GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, pp. 270-271 y las referencias bibliográficas que incluye.

precisa del mismo²⁵. Se trata de analizar, en especial, como incide la existencia del grupo en el tratamiento de la insolvencia de uno o varios de sus integrantes. Si se reconoce al grupo –mejor, quizás, a la empresa de grupo- como un sujeto económico ¿acaso puede ser objeto de tratamiento unitario (es decir, alcanzando a todos sus miembros) el estado de insolvencia y el patrimonio?²⁶. Es obvio que ese concurso del grupo tiene su primer y fundamental obstáculo en los límites derivados de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades que lo integran o en la correlativa ausencia de personalidad jurídica del grupo, a pesar del reconocimiento de su legitimidad. La tensión entre esa vinculación patrimonial y la autonomía formal será permanente en el concurso desde su iniciación, hasta su terminación. Frente a la pretensión de una responsabilidad común de las sociedades vinculadas se opondrá la limitación de responsabilidad por deudas derivadas de la personalidad jurídica. El resultado de esa oposición ha de ser, en circunstancias normales, la denegación de una "consolidación sustancial" que convierta al grupo en el sujeto concursado. Posición sobre la que hemos de volver más adelante, sin perjuicio de dejar apuntadas las recomendaciones a favor de esa resolución²⁷ que, sin embargo, no es viable conforme al régimen actualmente en vigor y que no está desprovista de riesgos de calado²⁸.

²⁵ Una referencia a algunos aspectos del problema puede encontrarse en el trabajo de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., "Grupos de empresas y el concurso de acreedores", en AA.VV., *Comentarios a la Ley concursal*, (coords. Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez), Madrid 2004, p. 737 y ss.

²⁶ V. HIRTE, H., en *Insolvenzordnung Kommentar*¹², (dir. Uhlenbruck), Munich (2003), p. 225.

²⁷ V. el *Informe Winter*, p. 98, que a pesar de reconocer que se trata de una materia especialmente compleja, considera que es deseable alcanzar tal solución: "*Therefore, we recommend that the Commission takes the initiative to review the possibilities to introduce procedural and substantive consolidations of bankruptcies of group companies in Member States*".

²⁸ Al respecto, v. la amplia información normativa y jurisprudencial recogida en los trabajos de MIGUENS PONSSA DE LA VEGA, M.J., "La responsabilidad patrimonial en los concursos de grupos de sociedades en el ámbito de la CEE", RDBB 61 (1996), p. 154 y ss. y

El concurso se orienta de forma preferente a la satisfacción de los acreedores. Pero esa finalidad se despliega en muy distintos momentos del procedimiento, en los que, de manera reiterada, el legislador ha considerado, con mayor o menor fortuna, la existencia del grupo como una circunstancia especial que podía autorizar normas singulares. Ello permite enunciar particularidades del procedimiento concursal vinculadas con la existencia de un grupo en la propia iniciación del concurso, en la clasificación de los créditos, o en materia de calificación del concurso, por citar sólo las cuestiones más importantes.

El grupo se caracteriza por notas que cuando se aborda la insolvencia de uno de sus integrantes no puede pasar desapercibida. Siendo cierto que la composición del grupo comprenderá un número variado de sujetos independientes, no lo es menos que la exteriorización del grupo abona la apariencia de unidad patrimonial del conjunto de las sociedades que lo integran²⁹. Así, frente a los acreedores es muy habitual invocar la solvencia patrimonial conjunta del grupo como elemento de garantía. El ejemplo más sencillo nos lo ofrecen los contratos bancarios y, dentro de éstos, las garantías (el ejemplo conocido de garantías de grupo lo constituyen las cartas de patrocinio).

Al margen de la existencia de una garantía del grupo en sentido estricto, la pertenencia al mismo y, en especial, la capacidad patrimonial de la sociedad dominante del grupo suele ser vista por los acreedores

"Crítica y soluciones a los sistemas de extensión de la quiebra en los grupos de sociedades en el Derecho comparado", RdS 7 (1996), p. 133 y ss.

²⁹ La importancia de la apariencia o constancia del grupo como presupuesto de responsabilidad patrimonial quedó manifestada en la Propuesta de Código de Sociedades, cuyo art. 601.1 establecía que: "*La sociedad dominante responderá subsidiariamente de las deudas de la sociedad dominada cuando, en el momento de contraer la deuda, la sociedad dominada hubiera hecho constar en la documentación o resultare de la publicidad su pertenencia al grupo*".

como un factor que atenúa el riesgo de incumplimiento de cualquiera de las filiales. Por otro lado, también es muy frecuente, como hecho notorio para los acreedores, que la unidad de dirección propia del grupo se vea acompañada por medidas de genuina integración patrimonial. El arquetipo de esta situación lo ofrece la habitual existencia de una tesorería común de todos los miembros del grupo, que implica que la primera fuente de liquidez para las sociedades que lo integran es el propio grupo. En este caso, son fácilmente perceptibles los intereses contrapuestos. Las sociedades integradas en el grupo que se ven desprovistas de su tesorería denunciarán una pérdida de su capacidad de gestión sobre un elemento patrimonial propio. Frente a ello, la sociedad dominante en quien se centra la gestión de esa tesorería podrá alegar que, además de la correspondiente compensación a las sociedades aportantes, el *cash-management* tiene efectos positivos innegables para el grupo³⁰.

La realidad empresarial y la jurisprudencia ofrecen otros elementos para la reflexión, que aunque partan de situaciones concretas y problemas jurídicos aparentemente limitados, plantean de forma nítida la cuestión general que motiva este apartado. Tal es el caso de la utilización de la compensación en las relaciones de un tercero frente al grupo. Quien es deudor de una de las sociedades y, a la vez, acreedor de otra insolvente, puede pretender el tratamiento unitario de ambas para completar de esta forma el presupuesto compensatorio: dicho acreedor y el grupo aparecerán como recíprocos acreedores y deudores el uno del otro (art.

³⁰ V. la reciente exposición de HÜFFER, U., "Probleme des Cash Managements im faktischen Aktienkonzern", AG 8 (2004), p. 416 y bibliografía citada en nota 1: en esencia, esa gestión común de la tesorería permite disponer de la liquidez a favor de las sociedades que en cada momento lo demandan y, además, obtener una rentabilidad basada tanto en su colocación, como en el ahorro de costes inherentes a obtener esa liquidez de terceros.

1195 del Código Civil)³¹. No es éste el lugar de profundizar en los problemas que la compensación encuentra en los procedimientos concursales o de examinar si el supuesto descrito puede beneficiarse de las excepciones legales a la prohibición de compensación (cfr. art. 58 LC)³². Sin perjuicio de ello, lo que sí expone ese ejemplo es que el tratamiento del grupo como un único responsable patrimonial, puede conllevar efectos indeseados. Un acreedor no puede, por la vía expuesta, escapar a los efectos del concurso de su deudora mediante el sencillo trámite de convertir en responsable del crédito frente a ésta a cualquier otra sociedad del grupo. Es una solución injusta: implica un “privilegio” atípico³³, en detrimento del principio de paridad y de los intereses vinculados con la sociedad solvente que, al ser obligada a cumplir una obligación a la que era completamente ajena, se ve arrastrada a un procedimiento de insolvencia que le resulta no menos extraño, al margen de la vinculación que implique la pertenencia a un mismo grupo. Pero es, también, una “solución” que invita a planteamientos de mayor calado. Si se compensa porque se considera un mismo responsable patrimonial al grupo en el que

³¹ Esta resolución fue adoptada por la SAP de Vizcaya de 13 de junio de 2002 (JUR 2002\211271). No creemos que constituya una solución adecuada. Incluso la compensación judicial reclama una relación directa entre el deudor demandado y el acreedor: [v. LOPEZ VILAS, R., *Comentarios al Código Civil*, t. XVI, vol. 1 (dirs. Albaladejo/Díaz Alabart), Madrid (1991), p. 496]. La existencia del grupo no dispensa de exigir la concurrencia de los presupuestos subjetivos de la compensación; recíproca y coincidente condición de acreedor y deudor y que la compensación verse sobre créditos y deudas de las que se es titular por derecho propio. Si las consecuencias de la compensación deben recaer en un mismo patrimonio: [v. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*⁵, t. II, Madrid (1996), pp. 542-543], la solución adoptada por el tribunal vizcaíno desvía esos efectos sobre patrimonios distintos y separados pertenecientes a dos sociedades del mismo grupo.

³² DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Sánchez-Calero, J./Guilarte, V.), t.I, p. 1090 y ss.

³³ V. GARRIDO, J.M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid (2000), p. 552 y las referencias a la compensación como “una variedad atípica de causa de preferencia que carece de publicidad y que, además, favorece a los acreedores profesionales”.

se encuentran las sociedades deudora y acreedora del tercero, esa misma consideración unitaria legitimaría la pretensión de cualesquiera otros acreedores para que, directamente y sin compensación alguna, sea el grupo el que a través de sus sociedades solventes, pague los créditos frente a sus sociedades insolventes.

En todo caso, lo que resulta innegable es que el grupo como realidad patrimonial cobra importancia en situaciones de insolvencia futura o actual. En primer lugar, porque la pertenencia al grupo puede servir para eludir el concurso. En segundo término, porque la existencia del grupo puede servir para que, constatada la insolvencia de uno de sus integrantes, se pretenda una mejor satisfacción en el concurso o fuera del mismo de determinados créditos. Por último, en tercer lugar, porque nos encontraremos ante situaciones en las que la propia causa de la insolvencia la constituye la relación de grupo.

Si se considera que la esencia del grupo es la unidad de decisión y que, con frecuencia, las distintas sociedades mantienen vínculos de contenido patrimonial (vía relaciones societarias, financieras o comerciales), cuando se produce una situación de insolvencia de cualquiera de esas sociedades se plantean varias cuestiones: ¿cuál ha sido la influencia que ha tenido la sociedad dominante en esa solución?, de existir esa influencia ¿qué tratamiento debe darse al grupo y a sus componentes en el procedimiento concursal?. La LC ha hecho frente a algunos de esos problemas. En mi opinión, de una manera generalmente correcta, a la espera de las deficiencias y correcciones que nos indique y reclame su aplicación.

4. El concurso de grupos como concurso internacional.

En muchas ocasiones, la aproximación a los problemas propios del concurso de grupos desemboca de inmediato en la complejidad que resulta de la multinacionalidad de las diversas sociedades vinculadas³⁴. Resulta obvio que estamos ante una circunstancia general de la actividad económica, que precisamente es la razón de ser de la profusión de esfuerzos de armonización internacional de las normas aplicables. Estos trabajos no responden simplemente a una preocupación general derivada de algunos sonoros y graves supuestos de quiebras de alcance mundial que han evidenciado la insuficiencia de los ordenamientos nacionales a la hora de ofrecer un tratamiento adecuado a esas insolvencias³⁵. Su razón de ser y su oportunidad no están en supuestos, causas o prácticas extraordinarios, sino en la multinacionalidad de las empresas como una nota habitual³⁶.

³⁴ En Europa, la insolvencia del grupo Parmalat se ha convertido en un *leading case*: así entre otros hechos destacados, v. la Sentencia del Tribunal Supremo irlandés en el caso Eurofood IFSC Ltd.: RAPINET, C./TUCKER, I., "The EC Insolvency Proceedings Regulation: Ireland fights back on Parmalat", Sweet & Maxwell's Company Law Newsletter, 10 (2004), p. 1 y ss.

³⁵ Dentro de los trabajos que en el seno de UNCITRAL se vienen registrando en la preparación de una Guía Legislativa de la CNUDMI [sobre su gestación, v. OLIVENCIA, M., "El tema de la insolvencia en la agenda de UNCITRAL", RDBB 62 (1996), p. 411 y ss.], se han producido diversas referencias a los grupos, partiendo de que se trataba de "*una cuestión de gran complejidad y con muy diversos enfoques jurídicos*" (v. A/CN.9/542, de 3 de diciembre de 2003, p. 22); con mayor detalle, se abordan algunas cuestiones en A/CN.9/551, de 30 de abril de 2004, p. 26: las deudas internas (entre la sociedad insolvente y las demás empresas del grupo) y la iniciación del concurso a instancia de otra sociedad del grupo, entre otras.

³⁶ V. la reflexión de WESTBROOK, J.L., "Multinational enterprises in general default: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation", 76 Am. Bankr. LJ 1(2002), p. 1; puede consultarse en la *web* www.iiiglobal.org. Por el momento, los esfuerzos armonizadores en el plano europeo no colman las deficiencias apuntadas: así, el Reglamento 1346/2000 e limita al reconocimiento de los procedimientos de insolvencia nacionales: "*no pretende un Derecho de insolvencia europeo*" sino "*el respeto a la diversidad material: cada país conserva su Derecho de insolvencia*"; v. VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Comentario*

Conceptos como la liberalización, globalización o mundialización y la interdependencia económica que conllevan, arrastra a las empresas que operan en ese ámbito. De ahí que lo que se han descrito como los efectos cruzados que una crisis económica regional o mundial proyecta sobre esas empresas³⁷, reclama una respuesta por parte del Derecho de las insolvencias, que ha de reconocer como un escenario probable que la vinculación corporativa conduzca de manera normal a la apertura simultánea o sucesiva de procedimientos concursales de las sociedades implicadas en distintas jurisdicciones. Pluralidad de jurisdicciones que, en la medida que coincida con una variedad de leyes aplicables a un mismo concurso, puede dar lugar a tensiones de mayor o menor alcance de acuerdo con la menor o mayor disparidad entre los sistemas concursales aplicables³⁸.

Como es sabido, la LC ha tomado en cuenta la necesidad de incorporar una regulación adecuada para “el concurso con elemento extranjero”³⁹. Ahora bien, una somera aproximación a los preceptos aplicables fomenta las dudas sobre la suficiencia de ese régimen cuando ha de aplicarse a un grupo multinacional. Dudas que parten, de un lado, de la disparidad entre los conceptos esenciales desde un punto de vista

al Reglamento europeo de insolvencia, Madrid ((2004) p. 19 y también, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho concursal internacional, Madrid (2004), p. 49 y ss. La conclusión que extrae SCHMIDT, “Sociedades, grupos de sociedades y Derecho concursal en Alemania”, p. 82 ha de compartirse: “En definitiva, los analizados problemas en torno a la insolvencia del grupo de sociedades se manifiestan especialmente en el ámbito internacional, por lo que tendremos que seguir aceptando en el futuro que cuando acontezca el <<crack>> de un grupo de sociedades, se declare una pluralidad de concursos de nacionalidades distintas, construyendo los puentes entre los distintos concursos que afecten al grupo el Derecho de sociedades y no el Derecho concursal”.

³⁷ V. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema del Comercio Internacional*, Madrid (2001), p.64 y ss.

³⁸ V. los rankings que incluye WOOD, P., *Principles of International Insolvency*, Londres (1995), pp. 4 y 5, entre los sistemas “prodebtor” y “procreditor”.

³⁹ V. el apartado XI de la Exposición de Motivos de la LC.

espacial⁴⁰ –centro principal de intereses⁴¹ o establecimientos del deudor⁴²- y su traducción procedimental –concursos principal y territorial- y la realidad del grupo y, de otro, la parquedad legislativa referida al concurso de éste. Se trata de una somera referencia de carácter procesal y ubicada en el art. 10.4 LC, que atribuye la competencia para la declaración conjunta de concurso de varias sociedades vinculadas al juez del lugar donde tenga sus intereses principales la sociedad dominante⁴³. La misma regla rige para el supuesto de acumulación de concursos de sociedades del grupo, enunciada por el art. 25.1 LC.

Ante este panorama legislativo, pueden añadirse dos apuntes. En primer lugar, la realidad de la empresa española y, en concreto, la predominancia de grupos extranjeros en los más variados sectores de nuestros mercados van a deparar más supuestos en los que la insolvencia del grupo va a afectar, eventualmente, a sociedades españolas filiales de extranjeras, que el supuesto inverso. En segundo término, las soluciones que en materia de competencia u otros aspectos ofrece el ordenamiento español y uniforme al concurso de grupos ofrecen un escaso bagaje para hacer frente a las muchas cuestiones que, desde el punto sustantivo, conlleva ese supuesto, en el que existe además una muy profunda diversidad entre los ordenamientos nacionales.

⁴⁰ Conceptos para los que se defiende una interpretación “flexible”: v. VERDÚ CAÑETE, M.J., *Procedimientos concursales comunitarios*, Valencia (2004), pp. 55 y 56.

⁴¹ V., HENRY, R., “The EC Insolvency Proceedings Regulation becomes a <centre of main interest>”, *Sweet & Maxwell’s Company Law Newsletter* 13 (2004), p. 1 y ss.

⁴² Alguna solución puede aportar la consideración de las filiales como establecimientos del deudor: v. las consideraciones que a favor de la misma realiza ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., en *Comentario a la Ley Concursal* (dirs. Sánchez-Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V.), t. I, pp. 307-308; v. interesantes referencias desde la óptica del Derecho inglés, frente a las soluciones uniformes, en DAWSON, K., “The doctrine of *forum non conveniens* and the winding rep of insolvent foreign companies”, *The JBL* (2005), pp. 37-39 y 43-45.

⁴³ V. ALVAREZ ALVAREZ, H., *Comentario a la Ley Concursal*, (dirs. Sánchez-Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V.), t. I, p. 317 y ss.

II. LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

1. Grupos y presupuesto subjetivo del concurso

La relación que el art. 1.1. LC establece entre la personalidad y la capacidad para ser declarado en concurso nos conduce a examinar el presupuesto subjetivo de la insolvencia del grupo o, mejor, en el grupo, a partir de una cuestión fundamental que, sin embargo, admite ser enunciada en términos sencillos: ¿es procedente la declaración concursal respecto de un grupo de sociedades como tal? La respuesta parte de la contradicción entre la inexistente personalidad jurídica del grupo y su presencia como sujeto empresarial unitario.

Frente a los acreedores, es frecuente que la existencia del grupo se convierta en una situación que se subraya, precisamente como vía para afirmar o garantizar una determinada solvencia. De esta forma, se llega a fórmulas de financiación empresarial típicamente inspiradas por el reconocimiento del grupo como presunción de solvencia y factor favorable a la concesión de crédito de las sociedades integradas en el mismo. Para ello resulta determinante la consideración conjunta de las sociedades como una empresa policorporativa, cuyos miembros están subordinados a una misma gestión y dirección y que disponen de un patrimonio agregado que, aunque jurídica o formalmente lo integren patrimonios recíprocamente independientes, es lo cierto que se suelen considerar como un elemento global de garantía del cumplimiento de sus obligaciones por cada uno de los miembros del grupo y, desde luego, por quienes son las entidades dominantes dentro del mismo.

Pero el grupo también implica riesgos desde ese mismo punto de vista. La dependencia que resultaba tan útil para asegurar la solvencia y el

cumplimiento de sus obligaciones, puede convertirse en la vía para que sociedades que aparecen como solventes se vean arrastradas hacia un procedimiento concursal. Una elemental coherencia lleva a considerar que una misma circunstancia -la integración en un grupo- no puede encumbrarse frente a los acreedores para merecer la confianza de éstos y ser completamente desvirtuada cuando llega la hora de cumplir las obligaciones. Si la solvencia de la sociedad dominante o de otras sociedades del grupo se esgrimieron para que una sociedad filial obtuviera crédito, no parece anómala la predisposición favorable a reconocer a los acreedores la facultad de reclamar de aquéllas el pago de ese crédito cuando la filial no esté en condiciones de hacerlo. Se dirá que la confianza en el grupo no debe servir sólo para contraer deudas, sino también para su satisfacción⁴⁴. La apariencia unitaria genera una confianza en los terceros que también debe ser valorada en las crisis. Es notorio que esa regla se ve confirmada en el plano convencional, en el que son diversos los cauces que hacen que la pertenencia al grupo sea un instrumento efectivo de tutela de los acreedores.

Como antes se indicó⁴⁵, para el Derecho de sociedades la tutela de los acreedores frente al grupo sigue siendo una de sus labores pendientes. Aún cuando no faltan normas que tratan de asegurar, por ejemplo, la efectividad e integridad del capital en relación con la pertenencia a un grupo (caso de la autocartera o del régimen de las participaciones

⁴⁴ Posición que ha tenido importantes refrendos jurisprudenciales: v. la Sentencia del Tribunal Federal de Suiza en el caso *Swissair*, de 15 de noviembre de 1994, AG 1 (1996), pp. 44-45 : las manifestaciones de la sociedad matriz sobre sus relaciones con la filial generaron un elemento de confianza cuya vulneración comportó la responsabilidad de la primera por las deudas de la segunda. Entre nosotros, la STS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6754), fundamenta la condena a la sociedad *holding* invocando -además de otras razones específicamente aplicables al caso- el “*principio de protección de confianza en la apariencia*” (v. FJ 2º).

⁴⁵ v. *supra* I.1.

recíprocas), no existen previsiones de carácter general que permitan extender los efectos del reconocimiento legal del grupo a la tutela de sus acreedores⁴⁶, de manera que exista una responsabilidad personal de la sociedad dominante por todas las deudas de sus filiales o una responsabilidad solidaria de las sociedades pertenecientes al mismo grupo por las deudas que cualquiera de ellas hubiere contraído frente a terceros.

La conveniencia de que el legislador mercantil acoja alguna de las orientaciones apuntadas se debate de manera particularmente intensa en el marco de la insolvencia. No sólo por la evidencia de que muchos concursos afectan a sociedades pertenecientes a un mismo grupo, sino cuando la dependencia del grupo es, precisamente el origen de la insolvencia que ha llevado al procedimiento concursal (p.e., en el caso de las organizaciones piramidales)⁴⁷. El régimen de la insolvencia empresarial

⁴⁶ Sigue siendo válido el diagnóstico realizado por la STS de 29 de abril de 1985 (RJ 1985\1944): "... cualquiera sea la regulación que merezcan las empresas en situación de recíproca participación, se halla por realizar en nuestro Derecho mercantil el cual no contiene normas que contemplen el fenómeno de que algunas empresas se formen estructuralmente por un número variable de unidades productivas cada una de las cuales no obstante conservar su personalidad jurídica, queden sometidas a un único poder de decisión, constituyendo un grupo de sociedades ...". En la doctrina, v. la exposición general de SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid (2001), p. 320 y ss.

⁴⁷ La preocupación por esta figura es notoria en los trabajos comunitarios más recientes. Así puede leerse en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre "Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar" Bruselas, 21 de mayo de 2003 [COM (2003) 284 final]: "El Grupo de alto nivel define las pirámides como cadenas de sociedades de cartera cuyo control final se basa en una inversión total modesta gracias a un recurso muy amplio a los accionistas minoritarios ... El Grupo destacó que los grupos piramidales que incluyen empresas con cotización oficial son fuente de preocupaciones particulares. Recomendó que las autoridades nacionales rechazaran la admisión a cotización de las empresas pertenecientes a pirámides abusivas. El Grupo las definió como sociedades de cartera cuyos activos, de forma exclusiva o principal, estén constituidos por una participación en otra sociedad con cotización oficial, aunque exceptuando los casos en los que el valor económico de esta cotización esté claramente demostrado, reconociendo con ello que la definición de lo que constituye una pirámide abusiva debe estudiarse más profundamente" (pp. 22 y 23). Dicha Comunicación puede consultarse en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003_0284es01.pdf.

es uno de los campos en los que la problemática de los grupos revela su trascendencia de manera más nítida⁴⁸.

Unas veces porque la unidad de decisión ha sido precisamente la que ha impuesto decisiones que han afectado la capacidad de la sociedad filial de cumplir sus obligaciones. La jerarquía inherente a muchos grupos se traduce con frecuencia en la imposición de decisiones que, basadas en el interés del grupo y en contra de los intereses de los accionistas minoritarios e, incluso, de sus administradores, merman la solvencia de la sociedad filial afectada, hasta el punto de que quienes no son responsables de esa situación, pueden acabar siéndolo de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1, en relación con el art. 3.1, ambos de la LC). En esos supuestos, las "*lagunas de protección*" a los acreedores⁴⁹ son evidentes y justifican proponer una reforma normativa que, superando el principio de responsabilidad limitada de los socios (cfr. arts. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), permita a los acreedores actuar contra la sociedad dominante ante el incumplimiento de la filial⁵⁰. En otras ocasiones, la dependencia o subordinación conlleva que la insolvencia de una sociedad contagie a las demás, de suerte que el concurso de la dominante provoque un efecto imparable sobre las filiales, que se ven arrastradas a tener que iniciar sucesivos procedimientos concursales.

A partir de esas consideraciones, el presupuesto subjetivo delimitado por el art. 1 LC y, en particular, la inequívoca exclusión de los

⁴⁸ Con carácter general, v. el estudio de GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid (2002), p. 172 y ss.

⁴⁹ En tal sentido, v. la STS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6754).

⁵⁰ Solución apuntada en SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil* ²⁷, t. II, Madrid (2004), p. 626 y acogida por el ya citado art. 601 de la Propuesta del Código de Sociedades Mercantiles.

grupos que implica la mención de la personalidad jurídica en su primer apartado ha merecido algún reproche⁵¹ que no compartimos. La supuesta decepción que pueda provocar que situaciones tan relevantes como la insolvencia de un grupo o dentro de un grupo no merezcan un tratamiento concursal específico en el art. 1 LC debe ser matizada. En primer lugar, porque la falta de una sistemática y completa disciplina normativa de la insolvencia de y en los grupos de sociedades no es debida a la LC⁵². Resultaría inadecuado que el legislador concursal se adentre en un ámbito que excede de manera evidente del problema de la insolvencia. La regulación de la insolvencia de los grupos ha de tener como imprescindible presupuesto una disciplina satisfactoria del fenómeno⁵³, de la que el Derecho español carece, sin que tampoco pueda ignorarse que la dificultad de una solución normativa adecuada viene siendo advertida en otros ordenamientos notoriamente más avanzados en cuanto a la regulación de los grupos, pero en los que no faltan manifestaciones de insatisfacción ante la falta de una respuesta legislativa que afronte algunos de los problemas principales evidenciados por la insolvencia manifestada en el seno de los grandes grupos⁵⁴. Si volvemos a nuestra LC, algunos de

⁵¹ HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, Madrid (2004), pp. 92-93.

⁵² No con el ánimo de argumentar en defensa de nuestro legislador conforme al criterio popular según el que “el mal de muchos consuelo de ...”, sino con el modesto propósito de ilustrar la dificultad de la tarea, v. la crítica que tanto al legislador alemán como al comunitario, dedica SCHMIDT, “Sociedades, grupos de sociedades y Derecho concursal en Alemania” , p. 82. Además cabe recordar que el Reglamento 1346/2000 no dedica mención alguna a los grupos de sociedades, omisión que suele subrayarse oponiendo la solución dada por el Derecho estadounidense (el Capítulo 11 de la Bankruptcy Act), en el que se admite al grupo como sujeto del procedimiento: v. MOOS, G., "The impact of the EU Regulation on UK insolvency proceedings", Bruselas, 12 de mayo de 2002; puede consultarse en International Insolvency Institute – www.iiiglobal.org, p. 2.

⁵³ V., GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, p. 15 y ss. y EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, p. 36 y ss.

⁵⁴ Tal sucede en el Derecho alemán; por todos, v. HIRTE, *InsO*¹², pp. 224-225 y la bibliografía allí citada.

esos problemas sí se han afrontado de manera concreta. Tal sucede, por ejemplo, con las referencias a las personas vinculadas con el deudor o, en especial, con la definición como "subordinados" de los créditos del grupo. La precisión normativa en esos supuestos se corresponde con la pretensión de tutelar determinados intereses en la relación de grupo. Ahora bien, esas específicas soluciones normativas concursales a los problemas del grupo no pueden esgrimirse para, burlando la esencial condición que define el presupuesto subjetivo de todo concurso, pretender convertir al grupo como tal en su protagonista.

Hay razones adicionales para no compartir las críticas a la LC por el "olvido" del grupo como sujeto concursal. La primera la depara la duda que provoca la viabilidad de un procedimiento concursal común del grupo. La experiencia comparada ha puesto de manifiesto la complejidad procesal de aplicar a las distintas sociedades vinculadas los sucesivos trámites y decisiones concursales, así como las ventajas de una tramitación separada del concurso de cada una de aquellas sociedades afectadas por una insolvencia actual o inminente⁵⁵. En segundo lugar, tras reiterar que no es función del legislador concursal suplir esa falta de iniciativa legislativa, por mucha que sea la importancia que la insolvencia implique con respecto a las relaciones de grupo, sean internas o externas, ello no debe de entenderse como expresión de un absoluto absentismo del Derecho concursal ante el fenómeno del grupo. Al contrario y como de inmediato se acreditará, la LC toma en cuenta en distintos pasajes la existencia del concurso que afecta a sociedades integradas en un grupo⁵⁶.

⁵⁵ V. *supra* I.2. y sobre la experiencia vigente de los regímenes de suspensión de pagos y quiebra, v. las observaciones de ROJO, "Los grupos de sociedades en el Derecho español", RDM 220 (1996), p. 481 y ss.

⁵⁶ V., a este respecto, la exposición de DUQUE, "El concurso del grupo de empresas en la ley concursal", *Derecho concursal*, (dirs. García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro), Madrid (2003), p. 137.

Esta regulación ha llevado a plantear con acierto una primera y fundamental cuestión: ¿cuál es el concepto de grupo del que parte la LC?⁵⁷. En este caso, descartando de entrada la conveniencia de introducir un nuevo concepto de grupo “*a los efectos*” de la aplicación de la LC, lo que procede determinar es si debe adoptarse alguno de los diversos conceptos de grupo que nuestro ordenamiento ha ido incorporando al hilo de reformas legales varias, o si en el ámbito concursal debe regir “otro” concepto de grupo.

Un seguidor atento de la evolución legislativa habrá podido advertir cómo la definición del grupo ha sido objeto de variadas revisiones en lo que son sus formulaciones más generales. Pluralidad de definiciones que encubre una concepción más o menos amplia del grupo. Así, la definición del grupo que contiene el art. 42.1 del Código de Comercio resulta más limitada que, por ejemplo, la plasmada en el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores⁵⁸. Pero nos encontramos con definiciones que atienden a intereses legislativos concretos y que parten de circunstancias más restrictivas que las que puede deparar la definición concursal del grupo. Es decir, mientras que la legislación bursátil va a ser aplicada a sociedades que, en muchas ocasiones por así imponerlo la ley, son sociedades de capital (sociedades cotizadas, sociedades especiales, etc.), la insolvencia puede alcanzar a un amplio catálogo de grupos. De ahí que si de una cobertura amplia de esa definición se trata, puede ser acertada la propuesta de optar en el ámbito concursal por entender que existe un

⁵⁷ V. DUQUE, *ibídem.*; ampliamente, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Grupos de empresas”, pp. 737-753.

⁵⁸ V. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en el art. 4 LMV”, en *Est. Homenaje Prof. Sánchez Calero*, t. V, Madrid (2002), en particular, pp. 5.469-5471.

A raíz de la reforma operada en el art. 42 CCo., se ha producido un acercamiento aún mayor entre ambos preceptos, sobre todo por su coincidencia al destacar como nota definitoria del grupo *la unidad de decisión*.

grupo allí donde se dan las circunstancias enunciadas en el concepto amplio diseñado por el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, considerando la afinidad que se advierte entre la finalidad de la regulación del mercado de valores y la de la legislación concursal. A favor de esa solución opera la utilización dentro de ambas de la noción de la unidad de decisión (v. art. 3.5 LC)⁵⁹ como característica del grupo. En definitiva, la protección de los inversores coincide, en buena medida con la de los acreedores.

Pero la solución apuntada creemos que requiere un paso adicional, considerando de manera correcta el alcance del art. 3.5 LC. Este precepto no contiene la definición concursal del grupo a todos los efectos, sino sólo para reconocer al acreedor común de varias de sociedades pertenecientes a un mismo grupo la legitimación para instar su declaración conjunta de concurso. La referencia a los grupos en otros preceptos de la LC autorizan, sin duda, acudir a los demás conceptos legales del grupo. Un grupo manifestado en el ámbito de los mercados de valores o en virtud de la contabilidad consolidada o como consecuencia de cualquier otra definición especial, queda igualmente comprendido desde la perspectiva concursal. Basta con que concurra la noción ineludible de la unidad de decisión.

2. Referencias a los preceptos concursales aplicables a los grupos.

Quedó indicado que el presupuesto subjetivo del que parte la LC no integre al grupo como entidad propia, directa y globalmente afectada por la declaración de concurso, no implica que la nueva Ley haya

⁵⁹ V. MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, p. 102, quien previamente rechaza la validez de un concepto de grupo jerárquico o basado en la nota del control, por la limitación que supone para el ámbito concursal previsto para los grupos.

ignorado totalmente la influencia que la pertenencia al grupo tiene en la génesis de la insolvencia y en el propio procedimiento concursal. Al contrario, son varias las medidas informativas y procesales que incluye la LC para hacer frente a las relaciones de grupo a partir de la insolvencia de algunos o todos sus miembros. Nos limitaremos a enunciar las más relevantes, comenzando por la posibilidad de que a través de la acumulación subjetiva de acciones (cfr. art. 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se inste por un acreedor una declaración judicial conjunta de concurso de las personas jurídicas pertenecientes a un mismo grupo, autorizada por el ya citado art. 3.5 LC.

Este último precepto está llamado a generar una probable confusión sobre sus efectos, sobre todo si se entiende que estos apuntan también a un aspecto sustantivo y autorizan la solicitud de declaración judicial conjunta de sociedades que integran un mismo grupo. A ello nos referiremos posteriormente⁶⁰.

Igualmente, en el caso del concurso voluntario se toma en consideración la existencia de un grupo dentro de la información que el deudor debe de adjuntar a la solicitud de declaración de concurso (v. art. 6.2, 2º, párrafo tercero y 6.3, 4º LC), y no menos importante es la acumulación de concursos que contempla el art. 25.1 LC, de manera que al de la sociedad dominante puedan acumularse los procedimientos concursales referidos a sus sociedades filiales⁶¹ (v. art. 74 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Son medidas que facilitan, en el plano procesal, el reconocimiento de la dependencia o vinculación societaria como factor que debe considerarse en la tramitación y resolución del concurso de una o varias sociedades integradas en un mismo grupo. Como una cuestión de

⁶⁰ V. *infra* VI.2.

⁶¹ V. *infra* VI.4.

especial importancia aparece la de imponer a la sociedad dominante alguna responsabilidad por su dirección sobre la filial que ha devenido insolvente, en especial considerando la repetida invocación que el régimen concursal hace a los administradores de hecho (v., por ejemplo, los arts. 48.3 y 172.3 LC)⁶².

Al propio tiempo, la nueva LC también autoriza otras medidas orientadas a la tutela de los acreedores del grupo. Basta con remitir en este punto al régimen aplicable a los créditos del grupo como créditos subordinados (art. 92.5º LC, en relación con el art. 93) o a las diversas acciones que permiten a los acreedores cuestionar actos realizados en el seno del grupo en perjuicio de aquellos. Sirven a estos efectos, por supuesto, las acciones de reintegración, expresamente reguladas en el art. 71 LC, pero también las generales de revocación o rescisión de contratos⁶³, cuya compatibilidad con las anteriores proclama expresamente el art. 71.6 LC. Destaca la posición normativa que presume, salvo prueba en contrario, que ha existido perjuicio patrimonial en todo acto dispositivo a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado (cfr. art. 93.2, 3º LC), así como las garantías reales a favor de obligaciones pre-existentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

⁶² V., DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., "Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho", en *Est. Homenaje Sánchez Calero*, t. II, p. 1.309 y ss. y LATORRE CHINER, N., "El administrador de hecho en las sociedades de capital", en *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, (dirs. Embid/Irujo/Vítolo), Granada (2003), pp. 981-985. En relación con la materia concursal, v. FUENTES NAHARRO, M., "La funcionalidad de la figura del administrador de hecho como vía de imputación de responsabilidades intragrupo (una aproximación a la delimitación conceptual de la figura)". Dicho trabajo puede consultarse en http://www.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicacion_monica_fuentes.pdf, en especial, p. 11 y ss.

⁶³ Como son, por ejemplo, la acción pauliana (art. 1111, *in fine* CC) y la que contemplan los artículos 1290 y ss. CC.

3. Los efectos del concurso sobre la relación de grupo

Una cuestión elemental y sobre la que ha llamado la atención la doctrina⁶⁴ es la referida al impacto que la iniciación del concurso tiene para la pervivencia de un grupo fáctico: se afirma que la declaración de concurso comporta necesariamente la terminación de la relación de dependencia, afecte la insolvencia a la sociedad dominante o a la filial⁶⁵. La idea que sostiene esa opinión es que la unidad de dirección o decisión, esencial al grupo, vincula necesariamente a los órganos sociales, sin que quepa aceptar que la administración concursal ocupe el lugar de aquellos a esos efectos.

Al respecto, resulta evidente que la definición legal del grupo atiende a la existencia de un poder corporativo que se resume en la mayoría de los derechos de voto (en la junta general) o en la capacidad de influir en la composición del órgano de administración en tal medida que se asegura la existencia de la unidad de decisión o dirección única (v. arts. 42 del Código de Comercio y 4 de la Ley del Mercado de Valores). La iniciación y la tramitación del concurso conllevan unos efectos sobre el deudor persona jurídica que enuncia el art. 48.1 LC y que, en todo caso, suponen la incorporación de la administración concursal a las sesiones de los órganos colegiados, con expreso reconocimiento de su derecho de asistencia y de voz. Incorporación que será posible en tanto rija el principio general de mantenimiento de los órganos colegiados de la sociedad insolvente, que estará sin embargo afectada, como recuerda el precepto mencionado, por las medidas de intervención o administración

⁶⁴ V. ROJO, RDM 220 (1996), p. 480 y ss.

⁶⁵ Por todos, v. HIRTE, *InsO*¹², p. 230 y la bibliografía allí citada.

de sus facultades derivadas del concurso. Es en esos efectos en donde radica la clave, en nuestra opinión, para compartir el criterio contrario a considerar que el concurso permite seguir ubicando a la sociedad en el grupo. La mera intervención de los administradores concursales en las facultades del consejo de administración afecta a la unidad de decisión de manera incuestionable: somete el poder de gestión a límites inderogables y fundados en los intereses vinculados con el concurso y, además, orienta la administración de la sociedad y de su patrimonio de forma primaria a la satisfacción de los intereses de los acreedores, postergando o, sencillamente, ignorando, el interés de grupo u otros intereses vinculados con su existencia que pudieran haber presidido la gestión de la sociedad anterior al concurso. De manera que el concurso de una sociedad vinculada tiene como inmediato efecto la ruptura de esa vinculación, puesto que no resulta viable la continuidad de la unidad de decisión.

La respuesta anterior no es válida, sin más, si analizamos el concurso de la sociedad dominante de un grupo organizado de manera jerárquica. En tal supuesto, la presencia en su órgano de administración de los administradores concursales o la efectividad de las medidas de intervención o suspensión no hacen que desaparezca el poder de dirección del grupo. Sucede que el concurso implica un cambio de los titulares de tal poder, pero su ámbito seguirá siendo el grupo, sobre el que se proyectarán las instrucciones y decisiones que ahora impartirán, esencialmente los administradores concursales.

La terminación de la vinculación societaria se proyecta hacia el futuro y deberá expresarse tan pronto como corresponda su formulación, a través de la consolidación contable (cfr. art. 46.1 LC). No es, sin embargo, una situación irreversible, puesto que cabe imaginar que el concurso desemboque en un convenio que comporte la reintegración de la sociedad en el grupo.

III. LA INICIACIÓN DEL CONCURSO VOLUNTARIO: EL CONOCIMIENTO DE LA INSOLVENCIA DENTRO DEL GRUPO

1. ¿Son los administradores siempre conocedores de la insolvencia?

Uno de los preceptos iniciales de la LC que revela la dificultad inherente a su aplicación a un grupo es el art. 5.2 del Código Civil, que regula el deber de solicitar la declaración de concurso. En la LC la oportuna iniciación del concurso se ha convertido en uno de los principios que encuentran una más nítida expresión, hasta el punto que su vulneración conlleva importantes consecuencias que luego enunciaremos. Se quiere que el concurso se inicie tan pronto como la situación de insolvencia se manifieste. Para ello, el deudor está facultado para hacerlo ante una insolvencia inminente (art. 2.3 LC) y viene obligado a solicitar la declaración concursal en un plazo breve cuando la insolvencia es actual (art. 5.2 LC)⁶⁶.

Cuando contemplamos un grupo, puede suceder que quienes tienen la obligación de solicitar del juez la declaración de concurso (los administradores de la sociedad) no son conscientes de que se haya producido ese estado, y sólo lo van a ser una vez que quien tiene efectivamente ese conocimiento (la sociedad dominante o sus administradores), así se lo notifiquen. De esta manera, se atisba desde un primer momento una relevante divergencia entre la identidad de aquellos

⁶⁶ Sobre la oportuna iniciación del concurso v. ROJO, A., "La reforma del Derecho concursal español", en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo, A.), Madrid (2003), p. 113 y ss.; PULGAR, J., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Pulgar Ezquerro/Alonso Ledesma/Alonso Ureba/Alcover Garau), t. I Madrid (2004), pp. 93-95 y 214 y ss. y SANCHEZ -CALERO, J., *Comentarios a la Ley Concursal* (dirs. Sánchez-Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V.), t. I, pp. 100-102 y 195 y ss.

a quienes la LC atribuye la competencia de solicitar la iniciación del concurso y la responsabilidad por no hacerlo oportunamente (v. art. 3.1, párrafo segundo LC), y la de aquellos otros quienes, sin ser titulares formales de esa competencia, son quienes la detentan desde un punto de vista material. Son estos quienes, a la postre, deciden la solvencia o insolvencia de la sociedad dependiente. Al igual que en otros ámbitos, también en el concursal la efectividad de un determinado régimen de responsabilidad ha obligado a ampliar el concepto de administrador que constituye un elemento imprescindible de tal régimen⁶⁷.

El problema apuntado no es, propiamente, concursal, sin perjuicio de reconocer que sea en el seno del concurso donde su solución alcance una repercusión mayor, al afectar, desde luego, a todos los acreedores de la sociedad insolvente y, atendiendo a la opinión acogida, alcanzar al patrimonio de una o más sociedades vinculadas, influyendo, además, sobre la responsabilidad de unos u otros administradores. Cuestión ésta – la de la responsabilidad de los administradores- que añade una especial complejidad puesto que podemos proyectarla en muy distintas direcciones dentro del grupo. No es éste el lugar de profundizar en cómo se despliega el sistema de responsabilidad societaria que dimana del traslado de los deberes de los administradores a las relaciones de grupo

⁶⁷ La constante expansión de las hipótesis a las que se incluye en la condición de administrador hace afortunada la observación de MILMAN, D., “Strategies for Regulating Managerial Performance in the ‘Twilight Zone’”, en *The JBL*, septiembre (2004), p. 494: “*Directors: a broad family*”.

Pero además de por esa ampliación de los sujetos responsables, es un punto coincidente que la LC se ha promulgado en el seno de una clara tendencia a favor de una mayor severidad del régimen de responsabilidad de los administradores: v. la exposición general que realiza SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, en prensa; en el ámbito concursal, v. MORILLAS, *El concurso de personas jurídicas*, p. 383 y ss. y VÁZQUEZ ALBERT, M., “El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales”, *RJC* 4 (2004), p. 91 y ss.

(internas y externas)⁶⁸. Se trata de un problema de singular calado y que conduce a cuestiones esenciales del Derecho de grupos que sólo debemos recordar.

Así, en primer lugar nos encontramos con un problema que también puede ser calificado como preconcursal y que persigue imponer a los administradores un determinado comportamiento ante una situación de crisis. El Derecho comparado ofrece diversas respuestas legislativas para concretar la conducta debida por parte de los administradores y que debe de servir para atenuar los efectos de la crisis sobre los intereses de los acreedores y, al propio tiempo, facilitar un eventual saneamiento de la sociedad. Pues bien, el problema que el grupo plantea a ese respecto es cómo imponer esas soluciones a aquellos administradores que siéndolo, no tienen una capacidad de reacción porque no son conscientes de la crisis o de la situación de insolvencia, y cómo hacer lo propio con quienes, sin ser formalmente administradores, son quienes de hecho tienen el poder y la capacidad decisoria que esos regímenes de protección de los acreedores presuponen⁶⁹.

⁶⁸ El resultado de una aproximación a esa cuestión lleva a constatar cómo la proyección de los deberes de los administradores de una sociedad anónima, en concreto, se ve sustancialmente alterada por su exigibilidad dentro de un grupo: v. el reciente estudio de SCHNEIDER, S.H./SCHNEIDER, U.H., "Vorstandshaftung im Konzern", AG 3 (2005), p. 57 y ss., en especial, pp. 65-66, donde distinguen y explican el distinto alcance de una triple responsabilidad: una responsabilidad interna en el ámbito de la propia sociedad, una segunda responsabilidad interna en el grupo frente a las demás sociedades vinculadas (sean dominantes o dominadas) y, finalmente, una responsabilidad externa del grupo.

⁶⁹ V. *Forum Europaeum Derecho de Grupos*. RDM 232 (1999), pp. 548-557, en donde aparecen referencias a la disciplina británica del *wrongful trading*, a la *action en comblement du passif* de los Derechos francés y belga, entre otras soluciones comparadas. Los trabajos del *Forum* influyeron en el *Informe Winter*, que a su vez alcanzó al documento "Modernising Company Law and enhancing Corporate Governance in the European Union-A Plan to Move Forward" [Com (2003) 284 final] . El texto de la Comunicación en español, se puede consultar en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003_0284es01.pdf. Para una exposición general, v. HABERSACK, M./VERSE, D.A., "Wrongful Trading - Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?", ZHR 168 (2004), p. 174 y ss.

A partir de ahí, debe considerarse en qué medida puede pervivir en el caso del grupo la competencia autónoma de sus administradores a la hora de decidir la insolvencia. En situaciones de dependencia, el dominio puede ser de tal naturaleza que la iniciación del concurso compete únicamente a la sociedad dominante y a sus administradores. De manera que la atención vinculada al cumplimiento del deber de solicitar el concurso obliga a volver la atención sobre la conducta de estos, antes que hacer lo propio con la que despliegan los administradores de la sociedad filial, que de hecho pueden llegar a desconocer la inminencia de la insolvencia o, incluso, la que ya resulta actual. Se trata de una efectiva aplicación del principio que vincula la prevención preconcursal o extraconcursal con la información⁷⁰. No se puede reprochar la falta de reacción ante una crisis a quienes la ignoraban.

2. La solicitud del concurso como competencia autónoma de los administradores

Pero al margen de cuanto hemos expuesto sobre la atribución formal a los administradores de la competencia para solicitar la iniciación del concurso, conviene añadir alguna reflexión que permita evaluar la profundidad del problema cuando se proyectó sobre la existencia de un grupo. Porque iniciar el concurso no puede ser visto como un mero trámite cuyo formal cumplimiento actúa como causa de exoneración de responsabilidad. Los administradores no se ven liberados de toda responsabilidad por la mera presentación de la correspondiente solicitud, sino por el hecho de hacerlo cuando existe una situación de insolvencia y no ha sido posible su superación por falta de apoyo de los accionistas o

⁷⁰ V. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia", en *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo), p. 28 y ss.

por la imposibilidad de recibir financiación adicional de terceros. Solicitar el concurso es un acto de gestión, que plantea, como en tantas otras ocasiones, la pregunta sobre los intereses cuya tutela vincula a los administradores⁷¹.

Así, la solicitud de concurso tiene que partir de un planteamiento sobre el futuro de la sociedad: se pretende su reorganización y continuidad o, sencillamente, su liquidación. Tanto la oportunidad como el contenido de esa solicitud se integran dentro de los poderes de los administradores. Pero el ejercicio responsable de esos poderes pasa por establecer su legitimidad: su vinculación con los intereses que merecían una protección antes del concurso y con los que deben recibirla a través del procedimiento concursal, sean estos los que la LC denomina "*intereses concurrentes*" o el "*interés del concurso*"⁷². Los administradores gozan de una indiscutida facultad de iniciativa: pero en el seno del grupo, su ejercicio reclama que vaya acompañada por actos de los administradores frente al grupo y a la sociedad dominante que les hayan permitido fundamentar su solicitud concursal. La presentan por una determinada motivación: porque el grupo no ofrece ningún apoyo, porque el grupo no puede dar más apoyo, porque el grupo se compromete con vistas a la

⁷¹ Se advierte así que la iniciación del concurso es un (muy importante) problema de gobierno corporativo: v. el valioso estudio de LOPUCKI, L.W./WHITFORD, W.C., "Corporate governance in the bankruptcy reorganization of large, publicly held companies", U.Pa.L. Rev. Vol 141, nº 3 (1992-1993), y, en especial, las páginas finales dedicadas a responder a la cuestión. "*For whose benefit should management govern?*"; p. 767 y ss.; toma en consideración la evolución del Derecho comparado y traslada a nuestro ordenamiento la orientación del interés social hacia los intereses de los acreedores el trabajo de MARÍN DE LA BARCENA, F., "El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia", p. 17 y ss. y pp. 26-27. Dicho trabajo puede consultarse en: http://www.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicación_fernando_marin.pdf.

⁷² Sobre ambos conceptos, v. el minucioso análisis de GONZÁLEZ BILBAO, G., "Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley concursal", RDBB 94 (2004), p. 169-170.

reorganización, porque juzgan insuficiente ese apoyo o, en fin, porque consideran que la propuesta del grupo es contraria a otros intereses (de los demás accionistas o acreedores). Llegamos así a una regla ineludible: la presentación de la solicitud no puede quedar vinculada exclusivamente a los intereses del grupo o de la sociedad dominante, pero tampoco puede acordarse sin conocer la posición de éstos. En caso contrario, nos encontramos con que la elusión de la responsabilidad por la no iniciación del concurso, puede acabar originando la exigencia de responsabilidad por quienes se consideran perjudicados por una decisión autónoma, precipitada o imprudente de los administradores.

3.El conocimiento de la insolvencia en el seno de la sociedad

Reviste especial complejidad afirmar cuándo se ha conocido por una sociedad mercantil su estado de insolvencia. Por supuesto que esta es una dificultad que debe resolver el juez del concurso, pero también opera en el seno del propio grupo en lo que podemos definir como la fase preconcursal. Ante todo porque esa afirmación supone atribuir a uno u otro órgano social el conocimiento decisivo a efectos de entender aplicable el art. 5 LC. De esta forma, la solicitud de la declaración de concurso se incardina de lleno en el ámbito de la información societaria. Es decir, se convierte en un elemento de atribución de poder y de responsabilidad. Quienes conocen esa circunstancia están en condiciones de reaccionar y orientar la eventual superación de la misma. No puede exigirse una reacción ante la denegación de financiación ajena que impida la continuidad de la sociedad cuando esa financiación se ha negociado siempre desde la sociedad dominante y para todo el grupo.

Al propio tiempo, existiendo un deber legal de reacción ante ese estado, la conducta de los poseedores de esa información se convierte en

fuelle de una posible responsabilidad patrimonial (sin olvidar consideraciones penales motivadas por el ilícito aprovechamiento de esa información para realizar actos delictivos) singularmente severa. Pero donde la información concursal provoca una reflexión aún más interesante (de nuevo, combinando los criterios propios de la insolvencia con los de la legislación societaria) es en relación con lo que podemos describir como su tramitación interna, es decir, la forma en que esa información se convierte en objeto de actuación y relación por los órganos sociales.

Cuestión diversa la plantea el que, conocida la insolvencia por los administradores, se someta al Consejo de administración la adopción del correspondiente acuerdo a favor de solicitar la declaración de concurso en el plazo legal (art. 5.1 LC). Este supuesto plantea cómo proyectar la responsabilidad derivada de un acuerdo denegatorio de tal solicitud. Responsabilidad concursal que está sometida a un régimen particular⁷³ y que tiene entre sus elementos más destacados la posibilidad de condenar a los administradores en los severos términos que autoriza el art. 172.3 LC cuando se califique el posterior concurso como culpable por la no iniciación oportuna del mismo (art. 165.1º LC). En el caso del grupo y de la influencia de la sociedad dominante, el incumplimiento de ese deber exige ubicar la responsabilidad correspondiente en quien, de hecho, tomó la decisión. Así, nos encontramos, en primer lugar, con la posibilidad de exonerar de tal responsabilidad a los consejeros de la filial ajenos a la dominante al amparo del art. 133.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. En segundo lugar, ante la atribución de esa responsabilidad y sus consecuencias a los consejeros representantes de la sociedad dominante, a

⁷³ V. el comentario al art. 5 LC, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Comentarios a la Ley Concursal* (dirs. Sánchez-Calero, J./Guilarte Gutiérrez, V.), t. I, p. 150 y ss.

los que el juez del concurso podrá llegar a condenar en los términos apuntados.

El elemento decisivo tiene carácter temporal: lo relevante es saber cuándo los administradores advierten que la sociedad se ve afectada por una incapacidad de cumplir sus obligaciones, sin necesidad de que tal hecho sea formalmente conocido por los socios o accionistas. Una interpretación sistemática del art. 5.1 LC, en particular poniéndolo en conexión con el segundo apartado del art. 3.1 LC permite afirmar que el deber de solicitar el concurso nace desde el momento en que los administradores han conocido una actual insolvencia de la sociedad. A partir de ese momento, éstos son los competentes para *decidir* sobre la solicitud. Por supuesto que una razonable prudencia puede aconsejar a los administradores buscar el respaldo de los socios o accionistas a esa decisión. En especial en los grupos jerárquicos, en los que la sociedad dominante puede con una simple acción individual (p.e., nuevas aportaciones de capital, financiación, garantía frente a terceros), disipar la insolvencia, sea inminente o actual.

Sin perjuicio de ello, celebrar una junta universal o, si ello fuera posible, una junta general, dentro del plazo de dos meses que pueda servir para que los accionistas conozcan la decisión de los administradores y, en su caso, la ratifiquen o rechacen, no puede motivar crítica alguna. Mas ello no enturbia la evidencia de que son los administradores los sujetos obligados a cumplir con el deber de solicitar la iniciación del concurso y los afectados por el plazo legal. La convocatoria de la junta no dispensa a los administradores de cumplimentar su deber, sin que tampoco lo haga la pretensión de esperar al pronunciamiento de la misma mediante el correspondiente acuerdo⁷⁴.

⁷⁴ Las anteriores conclusiones se proyectan sobre una materia extremadamente compleja, en especial a partir de la reforma operada por la LC de disposiciones societarias que

4. Administración colegiada e iniciación del concurso.

Cuando la administración se confíe a un órgano colegiado, nos topamos con el problema habitual de la desigualdad informativa de los administradores o consejeros, que conducirá a la previsible alegación del desconocimiento de quienes pretendan así resultar exonerados de la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de solicitar el concurso. Esa situación debe ser ponderada en especial ante el concurso de grupos. La experiencia española y la internacional⁷⁵ han evidenciado cómo ante estructuras societarias y conglomerados complejos, no puede esperarse que los administradores de la propia sociedad insolvente tuvieran un conocimiento de la actividad social tan completo como para siquiera poder advertir una efectiva insolvencia. Solo los ejecutivos encargados de la gestión diaria del grupo y de su financiación –sean o no administradores- pueden tener acceso a esa información. De manera que el conocimiento por el órgano de administración de la insolvencia actual dependerá de que estos hayan cumplido regularmente el deber de diligente información (art. 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

tratan, en el régimen de la disolución y liquidación, la conducta obligada de los órganos sociales –en especial, de los administradores- ante situaciones de crisis: v. arts. 260 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, fundamentalmente; en la doctrina, v. las contribuciones recientes de GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Sánchez-Calero/Guilarte, V.), t. IV, p. 3.821 y ss. y 3.875-3.883.

⁷⁵ La crisis de Enron se reveló como uno de los paradigmas de la utilización de entidades especialmente creadas (las *non-consolidated special purpose entities: SPEs*) con la finalidad de llevar fuera de su balance determinadas deudas: v., entre una abundante bibliografía, SCHWARCZ, S., “Essay: Some Thoughts on the Enron Bankruptcy”, Mayo 2002, p. 2 y ss. que puede consultarse en www.aei.brookings.org.

5. La presunción del conocimiento de la insolvencia por el deudor.

Uno de los aspectos más sugerentes y discutidos⁷⁶ del art. 5 LC es el recurso a las presunciones para establecer el conocimiento por el deudor del hecho inicial y determinante del deber de solicitar el concurso. La exigencia de ese deber se basa tanto sobre la evidencia del conocimiento por el deudor que se encuentra en una situación de insolvencia, como sobre la presunción de que tal conocimiento debe tenerse por verdadero, al margen de la prueba relativa a esa circunstancia. El recurso a las presunciones es la razón de ser del apartado 2 del art. 5 LC, pero ello no significa que tal solución deba entenderse restringida a los concretos supuestos que en el mismo se establecen.

La norma exige que el concurso se solicite en un determinado plazo desde que el deudor conoció su estado de insolvencia o desde que "*hubiera ... debido conocer*". Esa alternativa tiene su fundamento empírico en los casos y supuestos en los que es indudable que el deudor debió ser consciente de que ya no disponía de capacidad para hacer frente a sus obligaciones exigibles, de forma que si no solicitó la declaración del concurso, ello obedeció a una actuación deliberadamente elusiva de ese deber o a una negligencia que no debe ser amparada. Presunción que se ha visto abonada por la abundancia de estudios económicos que, en relación con la insolvencia de las empresas, han desarrollado diversos modelos de alerta o prognosis de crisis patrimonial, que, razonablemente, permiten considerar que el estado de insolvencia pudo ser avistado por el deudor y que, una vez producido, carece de fundamento sostener que no pudo ser conocido en ese momento o en uno inmediatamente posterior. E incluso, al margen de esos estudios, las modernas técnicas de gestión y de

⁷⁶ V. la crítica de FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., "Artículo 5", en *Derecho concursal práctico* (coord. Fernández-Ballesteros), Madrid (2004), p. 38.

información abonan con respecto a todo tipo de deudores el criterio fundado según el cual el deudor conocía de forma inequívoca su situación insolvente cuando se producen circunstancias concretas.

Por eso creemos que la presunción de que el deudor hubo de conocer su insolvencia opera en todo supuesto, siempre que el hecho a partir del que se deduzca aquella presunción cumpla el requisito de su completa acreditación y de la estrecha relación entre el hecho y el que se quisiera deducir (arts. 1249 y 1253 del Código Civil). Requisito que puede ser fácilmente cumplimentado, por ejemplo, a partir de los libros de contabilidad o registros y documentos del deudor, de los papeles de trabajo del auditor, de los dictámenes de sus abogados, etc.

Por mucho que sea el margen que, por ejemplo, los criterios contables de valoración permiten para la interpretación subjetiva de un hecho, su impacto patrimonial actual o futuro y su contabilización, determinadas situaciones no pueden ser objetivamente ignoradas como causa de una insolvencia efectiva. La comunicación al deudor de la denegación de financiación esencial para superar una crisis de liquidez, la insolvencia de la sociedad dominante de la que dependía la tesorería de su filial, son algunos ejemplos de hechos base que, habiendo sido objeto de completa acreditación, permiten aplicar la presunción de que el deudor debió haber conocido en ese momento su estado de insolvencia como término inicial para dar cumplimiento al deber que establece el art. 5 LC. Esa aplicación corresponderá al juez del concurso, sobre todo, en el momento procedimental de calificación y dando lugar a una presunción judicial en el sentido previsto por el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6. La función del auditor

Para analizar el conocimiento por los administradores de una situación de insolvencia resulta también necesaria una referencia a la actuación del auditor de cuentas. De nuevo hemos de apuntar a la insolvencia de sociedades cotizadas como el supuesto en el que, conocida la solicitud de declaración en concurso, los accionistas y acreedores reprocharán al auditor la ausencia de advertencias del deterioro de la situación de la sociedad, lo que probablemente se vea acompañado por una actuación del organismo supervisor (ICAC) orientada a determinar si se ha producido una infracción sancionable en el plano administrativo.

No es éste un lugar que permita otra cosa distinta que apuntar brevemente los dos elementos que contribuyen a fomentar aquella pretensión. El primero es el de la confusión que con frecuencia se advierte en torno a la función del auditor, en especial por cuanto se le atribuye una capacidad y labor informativas que excede de la función de verificación contable que le es propia⁷⁷. Confusión además abonada por una incomprensión frecuente de las técnicas que suelen aplicarse para esa labor de revisión que, contra lo que suele presumirse, no permiten al auditor un conocimiento exacto de todas y cada una de las obligaciones contraídas por la sociedad o de todos los compromisos que de forma significativa puedan afectar su solvencia⁷⁸. Al igual que decíamos de los

⁷⁷ Aun cuando es preciso reconocer que los colapsos financieros más notorios y la conducta de los auditores respectivos en aquellos casos se han traducido en cambios legislativos en algunos países que refuerzan de una manera notable el poder de investigación de los auditores: v., como significativo ejemplo la Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act de 2004, que ha entrado en vigor en el inicio de 2005; v. Swet & Maxwell's Company Law Newsletter, 1 (2005), 11 de enero de 2005, p. 2.

⁷⁸ V. la reciente Resolución de 21 de diciembre de 2004 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre

administradores, la complejidad estructural y operativa que caracteriza a los grandes grupos debe tenerse en cuenta al ponderar la capacidad del auditor para alertar a los administradores y accionistas de una situación de insolvencia.

Cierto es que, además de por las razones indicadas, la confusión que rodea al auditor se ve abonada por la dificultad de interpretar el art. 209.1 b) de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando reclama que el informe de auditoría contenga "*observaciones sobre cualquier hecho ... cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad*"⁷⁹. Esta intervención del auditor incorpora una gran responsabilidad, puesto que a nadie escapa el riesgo que tiene la advertencia del auditor para la continuidad de la actividad de su cliente. Es conocida la observación según la cual una advertencia del auditor sobre las dificultades de la sociedad puede acabar convirtiéndose en una "*profecía autocumplida*"⁸⁰, pero lo cierto es que la práctica societaria española revela una escasa utilización por los auditores del mecanismo de alerta que enuncia el citado precepto societario.

Pues bien, todo lo expuesto también reclama una especial colaboración ante la posición del auditor en los grupos de sociedades. La existencia de normas varias tendentes a asegurar la adecuada verificación

"utilización de técnicas de muestreo y de otros procedimientos de comprobación selectiva", Boletín ICAC 60 (diciembre 2004), p. 26 y ss.

⁷⁹ Resulta obligada la remisión al estudio de FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1 b) LSA]*, Madrid-Barcelona (2001), p. 119 y, con relación a esa misma cuestión en la fase anterior a la iniciación del concurso, v. MUÑOZ GARCÍA, A., "Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital", Ponencia aportada al Seminario Corporate Governance Conflicts and Corporate Insolvency, p.5 y que puede verse en www.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicaciónmuñozgarcia.pdf.

⁸⁰ V., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia", en *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo), pp. 70-72.

de las cuentas consolidadas (principalmente por medio de la limitación reglamentaria de la *colaboración* entre auditores) no dispensa de seguir reconociendo la dificultad de esa labor. Puede cuestionarse, por principio, que la indicada colaboración asegure, en todo caso, que el auditor está en condiciones indiscutibles para detectar y denunciar la insolvencia. Ahora bien, idéntico rechazo merece la pretensión de justificar esa falta de denuncia en la compleja estructura del grupo.

IV. LA LEGITIMACIÓN DE TERCEROS PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

1. Los socios legitimados.

Otra de las especiales previsiones que la ley introduce para el concurso de una persona jurídica y que detalla el art. 3.3 LC consiste en el reconocimiento de la legitimación a favor de los socios, miembros o integrantes de aquélla. Legitimación que, de nuevo, está condicionada al hecho de que los posibles solicitantes sean personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica cuya declaración de concurso solicitan. Esta previsión también puede encontrar aplicación en situaciones de dependencia societaria, ante la circunstancia notoria de que uno de esos legitimados, es titular además del poder de dirección de la sociedad afectada por la insolvencia.

La razón de ser del precepto se advierte con claridad: la solicitud del concurso de la persona jurídica puede convenir a quienes responden personalmente de las deudas de ésta, como forma de asegurar que sea el patrimonio de la persona jurídica el que, en la mayor medida posible, sirva para atender las deudas de la misma. Dicho lo cual, la parquedad del precepto obliga a hacer no pocas matizaciones. La primera, de gran

trascendencia, nos indica que esa legitimación sólo se produce allí donde la responsabilidad personal tiene su origen en una norma. La remisión a la legislación vigente apunta a aquellas disposiciones particulares que proclaman tan responsabilidad personal de los socios o miembros de la persona jurídica. En el supuesto del grupo que integra a filiales íntegramente participadas, el ejemplo relevante lo ofrece la unipersonalidad sobrevenida no inscrita (art. 129 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Por esa misma razón, no cabe atribuir una legitimación fundada en una responsabilidad personal de un socio cuyo origen fuera contractual, como la que puede generar una garantía personal de cobertura universal de las obligaciones de la persona jurídica, frecuentes en determinadas situaciones (socio único o mayoritario, pertenencia a un grupo, etc.).

2. La responsabilidad del solicitante

Ahora bien, no está tan claro qué tipo de responsabilidad personal es el presupuesto de tal legitimación. Es decir, cabe reconocer legitimación a quienes por ley sean personal y solidariamente responsables de las deudas de la persona jurídica, como establecen los preceptos mencionados, pero surgen dudas a la hora de hacer lo propio con quienes son responsables subsidiarios. La falta de distinción en este punto por parte de la ley y la ligazón que cabe establecer entre este precepto y el derecho a la tutela judicial efectiva aconsejan optar por la solución más favorable a la efectividad de esa tutela, reconociendo la posibilidad a los responsables subsidiarios.

Es también la propia redacción del precepto la que sirve para solventar la vacilación que cabe introducir en cuanto al alcance de dicha responsabilidad personal. Se trata de aceptar la legitimación sólo cuando

la responsabilidad personal comprendiera todas las deudas de la persona jurídica, o permitir que una responsabilidad limitada a algunas deudas (p.e., las derivadas del Impuesto de Sociedades) tenga idéntica eficacia legitimadora. En este punto, ha de optarse por la primera solución que es la que respeta los intereses de los socios, de los acreedores y de la propia sociedad. No estaría justificado que quien responde de alguna de esas deudas pueda plantear el concurso: su responsabilidad limitada no permite la iniciación de un procedimiento universal que va a afectar a todo el patrimonio de la persona jurídica.

3. Alcance de la solicitud del concurso.

La solicitud que presente cualquiera de los sujetos legitimados por el art. 3.3 LC no implica extender el procedimiento concursal a éstos. Aclaración que parte de lo establecido en el art. 25.1 LC, que autoriza a la administración concursal pedir del juez la acumulación al concurso de la persona jurídica de los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de ésta. Acumulación que nos parece igualmente claro que sólo podrá plantearse allí donde los socios para los que se reclama estuvieran igualmente incursos en una situación de insolvencia o ante la inminencia de la misma, que hubiere motivado ya el correspondiente procedimiento concursal. Abona esta posición el apartado 4 del citado artículo cuando precisa que tal acumulación procederá *“aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes Juzgados”*.

V. LA COORDINACIÓN DE LOS CONCURSOS DE SOCIEDADES DE UN MISMO GRUPO

1. Grupos y concursos vinculados

Algunas de las consideraciones realizadas hasta aquí apuntan a la importancia que tiene la posibilidad de que, a pesar de la distinta personalidad jurídica de sus integrantes, las sociedades de un mismo grupo protagonicen un mismo concurso o, al menos, procedimientos concursales igualmente vinculados. Para las dos hipótesis contamos con una cobertura específica en la LC, que posteriormente abordaremos con específica aplicación a un grupo. Mas lejos de ser una cuestión exclusivamente procesal –aún cuando su correcto tratamiento desde ese punto de vista sea fundamental- el supuesto ahora planteado conlleva problemas varios, cuya solución oscila entre dos riesgos evidentes: por un lado, que la tramitación aislada de los concursos de las sociedades vinculadas derive en una falta de coordinación⁸¹ de tal naturaleza que perturbe la tramitación y conclusión de los mismos y, por el contrario, que invocando precisamente esa necesidad de coordinación, se vean arrastradas al concurso otras sociedades del grupo en base a su vinculación societaria y patrimonial, pero no a su propia insolvencia.

Comencemos por fijarnos allí donde la relación de grupo comporta entre sus integrantes vínculos patrimoniales y corporativos de variada naturaleza. Entre los primeros cabe imaginar situaciones tan complejas como las participaciones recíprocas o las comunes con otras sociedades del grupo, la existencia de créditos y deudas recíprocos o las garantías

⁸¹ Sobre la experiencia precedente, v. las observaciones de ROJO, “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, p. 482.

prestadas frente a terceros. El concurso declarado de una ellas se proyecta de inmediato sobre la otra: implica una inmediata devaluación de esos activos patrimoniales, supone que unos créditos de muy dudoso cobro (que pasan, además, a ser automáticamente subordinados) no dispensan de hacer frente a las deudas contraídas con la insolvente o que cumplir las garantías frente a terceros se traduzca en la adquisición de más créditos subordinados, etc.. La misma declaración perjudicará a las otras sociedades del grupo en sus relaciones con terceros: existirá una inmediata sospecha sobre su capacidad de continuar con su actividad en las mismas condiciones, que probablemente se endurecerán en el ámbito operativo o financiero.

Por otro lado, la tramitación del procedimiento concursal requerirá con toda probabilidad de las demás sociedades del grupo su participación a la hora de dar continuidad a la actividad de la concursada, si se apunta a una terminación convencional del concurso. Desde luego, será a aquellas a las que primero se solicitará un esfuerzo especial con vistas al saneamiento de la sociedad concursada. Esfuerzo que en no pocas ocasiones es imprescindible, puesto que la continuidad de la concursada reclama que continúe recibiendo un trato funcional y financiero adecuado del grupo. En esa situación, el grupo se convierte en la coartada para imponer una tramitación concursal que, en interés de los acreedores de la sociedad concursada, perjudique de manera inequívoca a los de las demás del grupo e, indirectamente, a los accionistas de éstas.

A las anteriores consideraciones se suman las que provocan los riesgos que para la conservación del patrimonio de la sociedad concursada plantean las relaciones de grupo. El ejemplo típico lo depara la insuficiencia de los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales de la sociedad deudora cuando algunos de sus activos dependen de las facultades de disposición de otros miembros del grupo que pueden

adoptar decisiones sobre los mismos que, siendo lícitas y económicamente legítimas, impliquen consecuencias negativas para los intereses vinculados con el concurso de la primera. Así sucede, en primer lugar, en aquellos grupos en los que existe una tesorería común (*cash management*). Existe una confusión patrimonial manifiesta (los fondos de la sociedad insolvente se integraron con los de las demás miembros del grupo) al tiempo que la financiación de la primera está vinculada (en sus plazos, condiciones, garantías, etc.) con la de los segundos. Otro tanto podemos imaginar si, declarado el concurso de la filial española, se decide por su sociedad dominante la venta a otro grupo de la participación mayoritaria de la sociedad tenedora de los inmuebles arrendados a la sociedad en concurso o de cualquier otra sociedad que venía cumpliendo una función instrumental en el grupo.

No es dudoso que extender a todo el grupo los efectos del concurso sobre la sociedad deudora garantizará de manera cierta los intereses concurrentes en el concurso de ésta, sobre todo si el concurso se orienta hacia la continuidad de la actividad del grupo y de sus integrantes. A favor de ello puede invocarse la práctica fomentada en distintas legislaciones sectoriales en las que la intervención de una entidad permite su extensión a otras entidades pertenecientes a su mismo grupo⁸².

Estas y otras muchas consideraciones ilustran la importancia que tiene que el concurso de una sociedad integrada en un grupo no ignore los riesgos que comporta tratar de manera aislada su insolvencia, ignorando las causas de la misma nacidas de esa especial vinculación o cómo ésta va

⁸² Algunos ejemplos significativos los han deparado las medidas de intervención sobre entidades bancarias, que se han visto acompañadas en ocasiones por las correspondientes medidas de igual naturaleza sobre filiales sometidas a normas de ordenación: no tiene sentido que ante una situación de excepcional gravedad de la entidad matriz, se permita mantener su autonomía a la entidad financiera filial, que con ello puede ahondar las razones de la intervención de su sociedad dominante o comprometer la futura solución de la crisis de ésta.

a influir en la terminación del propio concurso. Por eso, con frecuencia, el concurso de una sociedad vinculada no es sino el primero: a él seguirán el de otras sociedades, en especial, el de aquellas unidas por vínculos patrimoniales que no pueden eludir las consecuencias de la inicial declaración. Lo deseable entonces es contar con un cauce procedimental que permita coordinar los concursos de esas sociedades vinculadas. La LC ofrece dos vías principales: la solicitud de declaración conjunta del concurso y la acumulación de concursos.

Ahora bien, cualquiera que sea el cauce por el que se de lugar a lo que denominamos concursos vinculados, creemos que existe un principio de respeto ineludible: la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso. Por muchas que sean las vinculaciones patrimoniales entre dos o más sociedades pertenecientes a un mismo grupo y por muy respetable que sea el interés de sus acreedores comunes, lo que no cabe es que el vínculo del grupo se invoque, sencillamente, para extender el concurso a otras sociedades en las que no se da el presupuesto objetivo de la insolvencia, actual o inminente⁸³. Tal pretensión, abusiva por su carencia de fundamento (cfr. art. 2.1 LC), viene prohibida por el necesario respeto de los intereses de los accionistas y acreedores de las sociedad solventes, a las que se estaría llamando al procedimiento en defensa de intereses extraños. Rechazo de la posibilidad de someter al concurso a sociedades solventes sobre la base de su vinculación con otra insolvente que no ignora que, en otros ordenamientos, se ha abierto paso el recurso a la llamada consolidación sustancial, que ha de analizarse con especial cautela. Siendo notorio que esa construcción desarrollada especialmente por la jurisprudencia estadounidense parte de un tratamiento conjunto de sociedades insolventes, no han faltado casos en los que se recurre a esa

⁸³ V. *infra* V.3.

misma figura para “atraer” al concurso a sociedades solventes del grupo⁸⁴. Son muy diversas las causas que determinan la aplicación de la institución. Normalmente hacen referencia a la integración económica de las sociedades envueltas en el procedimiento. En ocasiones incluso, se añaden circunstancias como la confusión de patrimonios, documentación o cuentas, casos en los que la unificación de procedimientos se traduce en un ahorro de tiempo y gastos procedimentales en el seno del concurso. Hay supuestos en los que se decreta la consolidación cuando la adopción de esta medida contribuye a incrementar la viabilidad de la reorganización y la continuación misma de la empresa de grupo. Es decir, los conceptos tradicionales de la doctrina de la personalidad jurídica son totalmente ignorados, los procedimientos concursales separados de las distintas sociedades reunidos en uno solo, y lo que es más importante, las masas activa y pasiva de todas ellas se unifican a pesar de que con ello, de forma casi inevitable, algunos acreedores de alguna de las sociedades se vean perjudicados. Pero esa atracción al concurso de las sociedades, consecuencia siempre de una construcción jurisprudencial del Derecho de insolvencias, suele verse precedida de dos consideraciones. La primera, la de si su adopción juega a favor de los acreedores: son mayores las ventajas que los perjuicios registrados⁸⁵. La segunda, que esa suerte de

⁸⁴ A pesar de ello, sigue siendo mayoritaria la exigencia del presupuesto objetivo de la insolvencia: v. los trabajos de BLUMBERG, *The law of corporate groups. Procedural problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law on corporate guarantees*, Bonton-Toronto (1983) y “The law of corporate groups in the United States”, en *I gruppi di società (Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-18 noviembre 1995)*, Riv. delle Soc., vol. I, Milán (1996), p. 421 y ss. y el reciente estudio de SCHWARCZ, S.L., “Collapsing corporate structures: resolving the tension between form and substance”, *The Business Lawyer* 60 (2004), pp. 113-115.

⁸⁵ Criterio esencial en la aproximación y reconstrucción doctrinales de la figura: v. SCHWARTZ, S.L., *op. cit.*, p. 122 y pp. 136-138; para ello son frecuentes las invocaciones de las teorías económicas (las mencionadas por PARETO y KALDOR-HICKS) acerca de la eficiencia en los contratos.

consolidación resulta la única vía que permita superar la deliberada complejidad que presentan determinadas estructuras societarias.

Es esta última nota la que creo que permite situar el problema en sus términos concretos: si el punto de partida es el abuso de la personalidad jurídica frente a terceros, la reacción en el ámbito concursal no puede consistir en facilitar la satisfacción de sus créditos por medio de la tramitación de un procedimiento de insolvencia de quienes no estaban obligados a hacerlo. Solución que tendría el absurdo resultado de provocar los efectos del concurso sobre una sociedad solvente y sus acreedores. El abuso de la personalidad jurídica no puede combatirse por medio de soluciones que generan riesgos y perjuicios muy superiores a los que se pretenden tutelar. Tanto desde el punto de vista de la seguridad, como del de la justicia. Frente a ese abuso, el ordenamiento ha desarrollado hasta ahora mecanismos de reparación (básicamente a través de la doctrina del levantamiento del velo), que la LC viene a incorporar⁸⁶.

La LC ofrece dos escenarios procedimentales a través de los que cabe abordar los concursos vinculados de sociedades pertenecientes a un mismo grupo. El primero es especial e iniciador. Se trata de la declaración conjunta del concurso: es obvio que desde el primer momento se plantea una común tramitación del concurso de dos o más sociedades vinculadas y que se trata de una solución singular que ha introducido de manera expresa el art. 3.5 LC (si bien su ámbito de aplicación contempla otros supuestos de hecho). El segundo escenario supone la adopción de una solución procesal general: la acumulación de procesos, que se convierte en una acumulación de concursos (art. 25 LC). En las primeras aproximaciones jurisprudenciales a la aplicación de ambos preceptos se ha abierto paso una posición a favor de la interpretación integradora o

⁸⁶ V. *infra* VII.

coherente de los mismos⁸⁷, que se concreta en la aplicación analógica de sus respectivas previsiones. Orientación que creemos correcta si pensamos que estamos ante supuestos semejantes y que responden a una misma razón: la coordinación de los concursos de distintas sociedades vinculadas, sea desde el momento inicial, o desde uno posterior.

2. El art. 3.5 LC y su heterogéneo ámbito de aplicación.

Las páginas anteriores han permitido adelantar ya algunos recelos acerca del artículo 3.5 LC contempla la posibilidad de la que denomina declaración judicial conjunta del concurso. Recelos que tienen su fundamento principal en el temor a que dicho precepto pueda ser utilizado para fines ajenos a su sentido propio. La referencia conjunta a supuestos de hecho alejados y la utilización de conceptos indeterminados abonan ese temor.

La interpretación del art. 3.5 LC no resulta sencilla, en especial por la integración en el mismo de dos supuestos de hecho que, antes que resultar afines, se caracterizan por su diversidad. La confusión de patrimonios entre dos deudores y la pertenencia a un grupo de dos personas jurídicas no son, con carácter general, situaciones equivalentes⁸⁸, puesto que lo que suele caracterizar al grupo es, precisamente, la independencia entre las distintas personas jurídicas que lo integran, sin

⁸⁷ V. los Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 15 de noviembre de 2004 (AC 2004\1986) y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 30 de diciembre de 2004 (AC 2005\3910).

⁸⁸ V., MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de sociedades*, p. 104 y ss., donde incluye abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales referidas a la legislación precedente, pero que ilustran de manera satisfactoria los aspectos más evidentes del problema que plantea la realización o desestimación de un procedimiento conjunto o acumulado del concurso de sociedades vinculadas.

perjuicio de la existencia entre ellas de operaciones que las vinculan o de una coincidente dirección, pero que no permiten concluir que existe una unidad o confusión patrimonial.

Tampoco facilita la interpretación del precepto que la posibilidad de solicitud judicial conjunta del concurso de sociedades de un grupo se haga depender de conceptos indeterminados como los que acoge el art. 3.5 LC. Es difícil entender de una manera cierta en qué consiste la identidad sustancial de los miembros de las sociedades cuya declaración concursal se solicita o cuándo concurre la unidad en la forma de decisiones.

La previsión del art. 3.5 LC tiene una inspiración esencialmente procesal y se corresponde con una elogiada intención, cual es la de que se ventile en un mismo procedimiento el concurso de dos o más personas físicas o jurídicas vinculadas, cuando éstas tienen un acreedor común, que es al que se le reconoce la legitimación para acumular sus solicitudes de declaración de concurso de aquellas en una única acción y provocar así una declaración conjunta. Estaríamos ante una suerte de acumulación subjetiva de la facultad del acreedor de iniciar el concurso contra varios de sus deudores, con el objeto de que las respectivas insolvencias de éstos se tramiten en un mismo procedimiento (cfr. arts. 71 y 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pero de manera separada. Solicitud que deberá de presentarse de acuerdo con la regla que en materia de competencia territorial establece el art. 10.4 LC, que resulta atribuida al juez de lo mercantil del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad dominante, cuando lo que se inste sea el concurso de sociedades de un mismo grupo.

La misma inspiración que el reconocimiento de la legitimación para solicitar la declaración conjunta tiene la posibilidad de acumulación de procedimientos concursales de sociedades de un mismo grupo, contemplada por el art. 25.1 LC.

3. Requisitos adicionales de la declaración conjunta de concurso.

Por otro lado, la redacción del art. 3.5 LC, parece exigir que la declaración conjunta se caracterice por la existencia no sólo de un patrimonio en el que se da la nota de la confusión, sino también por la común condición de deudores frente al acreedor instante de la declaración judicial del concurso de quienes aparecen como titulares de ese patrimonio. Al decirse que la declaración podrá pedirla el acreedor “*de varios de sus deudores*”, se está apuntando a la necesidad de esa simultánea relación con el acreedor.

El precepto mencionado debe ser objeto de una ponderada interpretación, asumiendo que se trata de uno de los pórticos al concurso que más trascendencia tienen por afectar a procedimientos de insolvencia de notorio alcance. Es un hecho notorio que, sea en la experiencia española o en la de otros países, algunos de los más sonados y alarmantes concursos se refieren a grupos de sociedades planteando dos problemas destacados: que la causa de la insolvencia estuviera en buena medida en las operaciones societarias o comerciales realizadas en el seno de un grupo o que, precisamente, la insolvencia de una sociedad resulte determinada por el contagio de la correspondiente de otras sociedades del grupo. Una lectura apresurada del art. 3.5 LC pudiera autorizar el entendimiento de que lo que allí se habilita es la conversión del grupo o de sociedades pertenecientes a un mismo grupo en protagonistas del concurso: lo que se permite al acreedor es instar una declaración conjunta del concurso de sociedades que, de acuerdo con la literalidad del precepto, no requiere otra circunstancia que no sea la de la común condición de deudor de las sociedades vinculadas. Por utilizar un concepto conocido en nuestro Derecho de quiebras, pudiera considerarse que a partir de esa condición

legitimadora, se abre al acreedor la posibilidad de "extender" el concurso a las demás sociedades del grupo que han contraído deudas con aquel⁸⁹. De esta forma, la LC no estaría tratando al grupo como una unidad patrimonial o introduciendo una especie de responsabilidad exigible por igual a cualquiera de sus miembros, pero sí que ofrecería al acreedor la posibilidad de llamar a un mismo procedimiento a todas las sociedades que tuvieran contraída alguna deuda con el solicitante del concurso.

Siempre de acuerdo con esa interpretación que hemos calificado como apresurada, el concurso se iniciaría con independencia de cual fuera la situación patrimonial de cada una de dichas sociedades o del crédito correspondiente del que dicho acreedor resultara ser titular. En definitiva, lo que estaría haciendo el art. 3.5 LC no sería, tan sólo, prever una legitimación especial inspirada en la existencia de deudas a cargo de sociedades vinculadas, sino introducir un principio sustantivo: convertir la insolvencia de una sociedad en causa suficiente para atraer al concurso a otras sociedades igualmente deudoras del actor, con independencia de que en ellas se de un estado de insolvencia. Tratando de reconducir esa situación a una fórmula sencilla, la declaración de concurso no procederá respecto de un deudor común, sino a partir de la actuación de un acreedor común de las conjuntamente declaradas en concurso.

La interpretación expuesta no tiene otro fundamento que la dicción del art. 3.5 LC, lo que no es desde luego desdeñable y obliga a compartir las críticas hasta ahora registradas. Redacción legislativa que conduce a una situación que, sin más, contraría los principios y presupuestos de todo procedimiento concursal. Como antes se razonó, por ello, debe rechazarse esa interpretación, pues supone ignorar el presupuesto objetivo y, con ello,

⁸⁹ Sobre la figura, v. el exhaustivo estudio de GOZALO LÓPEZ, V., *La quiebra por extensión*, Madrid (2004), en particular, p. 277; en cuanto a su aplicación a los grupos, v. MORILLAS, *El concurso de sociedades*, pp. 111-113.

vulnerar uno de los principios esenciales del sistema concursal: no puede verse afectado por la declaración de concurso un deudor en quien no se de una situación de insolvencia y, al tratarse la declaración conjunta de una posibilidad referida por dicha disposición al acreedor, deberá fundarse esa solicitud en dos hechos: la común condición de deudoras de dos o más sociedades frente al actor y cualquiera de las circunstancias que enuncia el art. 2.4 LC, con respecto a cada una de ellas.

Resulta así que el art. 3.5 LC hubiera eliminado toda duda de haber matizado que la declaración judicial conjunta referida a sociedades de un mismo grupo, sólo será admisible cuando la insolvencia actual afecte a todas y cada una de las sociedades para las que se hubiere instado.

En cualquier caso, el art. 3.5 LC es una disposición que tiene una finalidad esencialmente procesal, en coherencia con la rúbrica del art. 3. Lo que se quiere es precisar quienes son los sujetos activamente legitimados para instar el inicio del procedimiento concursal. No hay, en el art. 3.5 LC ninguna pretensión de autorizar una comunicación de responsabilidad entre sociedades que, teniendo un mismo acreedor común, también pertenecen a un mismo grupo.

La declaración conjunta del concurso no puede ser entendida como una vía abierta al tratamiento compartido en un mismo procedimiento de la insolvencia de las sociedades afectadas por la solicitud del acreedor común que fue atendida. El concurso es siempre individual, incluso cuando se tramita coordinadamente con otro: se basa en la propia situación de insolvencia del deudor, en la determinación de sus acreedores y en la correspondiente de su patrimonio. No cabe autorizar la iniciación de un procedimiento en el que, a partir de la declaración inicial de insolvencia de dos o más sociedades vinculadas, con ello se pretende, en contra de todos los fundamentos del concurso, confundir las masas activa y pasiva correspondientes. Ni puede pretenderse la satisfacción de

los acreedores de una sociedad recurriendo a la masa activa de otra, ni pueden reconocerse en el concurso de cada una de ellas otros créditos que los contraídos contra ella. Tanto la tramitación, como la terminación del procedimiento obligan a tratar de manera separada a ambas sociedades, con independencia de que se partiera de una declaración conjunta basada en su vinculación. En conclusión, una solución procesal como la que ampara el art. 3.5 LC no puede trasmutarse en la puerta para la ya criticada consolidación sustancial de sociedades vinculadas, aunque compartan uno o más acreedores.

4. La acumulación de concursos de sociedades vinculadas

Dentro de la solución que el art. 25 LC autoriza en materia de acumulación, la de los concursos de sociedades vinculadas cuenta con una precisión específica. Precisamente la vinculación o dependencia societarias abonan el presupuesto de toda acumulación: existe una conexión entre dos o más procedimientos que hacen recomendable, o incluso necesario, su tramitación y resolución conjunta. Las consideraciones ya expuestas sobre las relaciones patrimoniales e institucionales propias de los grupos justifican que el concurso de sus miembros se tramite de forma acumulada, pues sólo así pueden satisfacerse aspectos esenciales de todo concurso (p.e., la determinación de su origen, la de las masas activa y pasiva, la adecuada administración o la genérica defensa de los acreedores correspondientes), incluida su conclusión. Es por ello acertada la excepción por la que en este caso –como en el de la declaración conjunta– se acepte la posibilidad de condicionar la propuesta de convenio a la aprobación judicial presentada por las demás sociedades insolventes del grupo (art. 101.2 LC).

Las soluciones que depara la integración de la parca regulación concursal de este supuesto mediante el recurso a la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁰, reclaman alguna consideración adicional cuando pensamos en los grupos.

Una primera viene motivada por la redacción del art. 25.1 LC, cuando permite la acumulación al concurso de la sociedad dominante de los correspondientes concursos de sus filiales. Aún cuando la experiencia haya enseñado que, en efecto, es habitual que la insolvencia de la sociedad matriz arrastre a idéntico estado a otras sociedades, precisamente como consecuencia de esa dependencia corporativa y (además) patrimonial, no es descartable que el proceso se invierta: que el primer y más antiguo concurso sea el de la filial. Hipótesis que no contempla el art. 25.1 LC, y respecto de la que importa determinar si es posible recurriendo al régimen general en materia de acumulación (v. art. 79.1 LC). La respuesta pasa por tomar en cuenta la regla del art. 10.4, párrafo segundo, de manera que aunque el concurso de la dominante sea posterior, los demás concursos anteriores deberán llevarse a aquél. Se abandona así el criterio de la antigüedad a la hora de resolver la acumulación. La atribución de competencia contenida en esa última disposición impone acumular siempre los distintos concursos ante el Juzgado competente para tramitar el de la sociedad dominante. Regla que no resultará aplicable allí donde no se está ante un grupo organizado jerárquicamente, de manera que no pueda determinarse qué sociedad es la dominante. En ese caso, la acumulación procederá al concurso más antiguo (art. 79.1 Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁹⁰ V. BELLIDO, R., en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo/Beltrán), t. I, Madrid (2004), p. 551.

Solventada esa cuestión, nos encontramos con una segunda que plantea el supuesto en el que la acumulación de concursos no afecta a sociedades de las que se pueda afirmar una relación jerárquica, aun cuando ambas estén integradas en un mismo grupo. Sirve a esos efectos tanto la idea de un grupo horizontal, como la circunstancia de que el concurso afecte simultáneamente a dos sociedades filiales, independientes entre sí, pero que comparten una misma sociedad matriz. En estos supuestos, la acumulación también es posible, a pesar de no estar expresamente contemplada en el art. 25.1 LC. Deberá resolverse de acuerdo con las disposiciones generales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La legitimación para poder solicitar la acumulación también merece alguna precisión. No cabe duda que los administradores concursales del procedimiento que afecta a la sociedad dominante de un grupo pueden – que no deben- solicitar del Juez la acumulación de los procedimientos ya existentes por la insolvencia de otras sociedades del grupo. Mas junto a esa facultad, creemos que también ha de reconocerse idéntica legitimación a cualquier sujeto que pueda ser considerado parte en los procedimientos cuya acumulación se pretenda, a quienes corresponderá acreditar en ese momento la procedencia de la acumulación (v. arts. 75 y 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esto es, que en el concurso de la dominante, esa misma facultad pueda serle reconocida a la propia sociedad, por medio de la actuación de sus administradores, al formular la solicitud de concurso voluntario, así como cuando el concurso de ésta tuviere carácter necesario, en cuyo caso también estarán legitimados a esos efectos los acreedores. Legitimación que, por último, también ha de reconocerse a los administradores y acreedores de las demás sociedades insolventes sujetas a concurso. Los administradores concursales de la sociedad dominante podrán oponerse a esa solicitud. Oposición a la que, visto el tenor del art.

25.1 LC, cabe reconocer una especial autoridad, aun cuando no vincule al juez⁹¹.

5. Las reglas sobre competencia territorial: apuntes críticos

Para terminar, dos breves reparos a la regla en materia de competencia territorial que no nos parece satisfactoria. El primero, el de no haber indicado de forma inequívoca que la competencia venía atribuida por el domicilio de la sociedad dominante, dato mucho más preciso que el de la indicación del centro principal de intereses. Una regla especial de ese tenor evitaría tener que llegar al indicado criterio de competencia a través de la relación entre el citado art. 10.4 y la definición que del centro de los intereses principales del deudor realiza el apartado 1 de ese artículo. Una segunda crítica, sin duda de mayor calado que la precedente, se funda en el hecho de que sea el domicilio de la sociedad dominante el determinante de la competencia en todo caso, cuando puede suceder que la sociedad dominante no sea parte en el procedimiento, puesto que la solicitud afecta a varias de sus sociedades filiales pero no a aquella o cuando, por tratarse de grupos con una estructura que no refleja una organización jerárquica o vertical, no puede determinarse de manera rotunda cuál es la sociedad dominante. Por eso, si la declaración no alcanza a esa sociedad dominante, parece que tendría que aplicarse por vía analógica la regla de competencia territorial que atiende al domicilio de la sociedad con un mayor pasivo.

⁹¹ En el sentido señalado se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 30 de diciembre de 2004, que acuerda bajo las circunstancias expuestas la acumulación: fue solicitada por la Agencia Estatal Tributaria y mereció la opinión contraria de la administración concursal, de la que el Auto concluye “*que sin duda debe ser oída, pero cuyo parecer no puede ser vinculante en una cuestión que, además, es esencialmente procesal y no económica*”.

VI. LOS CRÉDITOS DEL GRUPO COMO CRÉDITOS SUBORDINADOS.

1. La solución legislativa.

Los créditos de los que son titulares otras sociedades pertenecientes al mismo grupo que una sociedad declarada en concurso han pasado a ser considerados créditos subordinados (v. arts. 92.5 en relación con el 93.2,3º LC). La subordinación no es una medida específica que afecte al grupo y a los créditos de sus miembros. Se trata de una respuesta con un alcance más amplio, en donde las sociedades pertenecientes al grupo padecen la subordinación por considerarlas “*personas especialmente relacionadas con el concursado*”⁹². Siendo indiscutible que el grupo da lugar a una vinculación especial, lo es también que la naturaleza y tratamiento de esa relación son diferentes de los que corresponden a otro tipo de personas igualmente relacionadas con el concursado. Recuérdese que las sociedades del mismo grupo que la sociedad en concurso merecen idéntico tratamiento que los cónyuges, ascendientes, socios, cesionarios o adjudicatarios de créditos, etc. Diversidad de supuestos que no facilitan el entendimiento de la finalidad de la medida.

Sin perjuicio de ello, nuestro ordenamiento ha introducido un cambio muy importante para las relaciones del grupo durante la tramitación del mismo. Cambio que también excede de los límites concursales y conduce a problemas tan generales como el significado y suficiencia patrimoniales y de garantía del capital social. El tratamiento de las sociedades del grupo como acreedores de rango posterior es una medida que había sido ampliamente debatida e incluso propuesta al hilo

⁹² V. el estudio de GUASCH MARTORELL, R., “El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor en la Ley Concursal”, RDM 254 (2004), p. 1419 y ss.

de alguna reforma de nuestra legislación societaria hace algunos años⁹³. El resultado final acogido en la LC es que las sociedades del grupo se verán postergadas a la hora de ver satisfechos los créditos contraídos con la sociedad del grupo afectada por el concurso, postergación que compartirán con los (restantes) socios de ésta.

No estamos ante una reforma, sino ante una genuina creación de la LC, que ha introducido una medida cuyos efectos no han sido, en mi opinión, suficientemente resaltados, aún cuando no tengo dudas de que esa falta de atención será corregida por la aplicación de la LC. Claro está que la subordinación opera en el concurso, pero no es menos notorio que su perspectiva va a condicionar la financiación de los grupos.

La opción acogida en la LC se caracteriza por su precisión, en cuanto a que deja poco lugar a la duda sobre el carácter subordinado de todos los créditos de todas las sociedades del mismo grupo de la sociedad insolvente. Es una subordinación general: ni diferencia la naturaleza de los créditos⁹⁴, ni atiende a la posición que su titular ocupe dentro del grupo. Precisión propia de una solución que ha sido calificada como de subordinación automática u objetiva que, al margen de fomentar una posterior reflexión sobre su acierto, sí manifiesta algunas lagunas que cabe confiar que nuestros Tribunales subsanen cuanto antes. En especial, la que afecta a la del momento determinante de la subordinación nacida de la relación del grupo: la existencia de esa vinculación, ¿se reclama en el

⁹³ La llamada postergación legal de créditos apareció en el anteproyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, mediante la adición de nuevo capítulo en la LSA que, finalmente, fue rechazado: v. referencias a la cuestión y a la bibliografía que trató la misma SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad cotizada*, p.327, nota 359.

⁹⁴ Se supera así ampliamente la subordinación especial que se introdujo en la financiación "participativa": v. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid (2002), p. 445 y ss. y la bibliografía allí mencionada; V. VEIGA COPO, A.B., *Los privilegios concursales*, Granada (2004), p. 155 y ss..

momento de nacimiento del crédito o en el de la declaración del concurso?⁹⁵.

Optar por la primera interpretación –la que atiende a una relación actual- tiene un cierto apoyo en la dicción del art. 93.2,3º, dado que usa el tiempo presente: “...que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso...”. Esta opción abonaría la posibilidad de que, con vistas a eludir la subordinación, se destruyera la relación de grupo en momentos o ejercicios precedentes al de la iniciación del concurso. Se trata de una hipótesis de difícil ejecución sin despertar sospechas, que en todo caso pueden llevar a los administradores concursales a no reconocer o impugnar esos créditos al amparo del amplio margen de actuación que les atribuye el art. 86 LC. Sin perjuicio de esos supuestos irregulares o fraudulentos, es cierto que esa solución también puede comportar ventajas para aquellas sociedades que, habiendo pertenecido al mismo grupo, concedieron un crédito con notable antelación a la fecha de iniciación del concurso e, incluso, lo hicieron para mantener la viabilidad de la sociedad finalmente devenida insolvente. Pudiera suceder, sin embargo, que precisamente para poder cobrar un crédito concedido por otra sociedad del grupo, se proceda a la desvinculación societaria ante la previsible insolvencia, confiando en que de esta manera el crédito escape a la subordinación. Se advierte así la casuística imaginable que la Ley podría haber resuelto con una expresa previsión sobre cuál era el momento determinante de la concurrencia de la vinculación. A falta de esa solución normativa, la solución que parece más ponderada es la que entiende determinante que la situación de grupo concorra en el momento de la declaración concursal o que hubiere concurrido en cualquier momento

⁹⁵ V. ALONSO LEDESMA, C., en AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Pulgar Ezquerro/Alonso Ledesma/Alonso Ureba/Alcover Garau), t. I, pp. 935.936

dentro de los dos años anteriores, tomando este plazo de la presunción de vinculación que contempla el art. 93.3 LC⁹⁶. Posición que tiene su fundamento en la inspiración de la subordinación de créditos como categoría concursal: afecta a aquellas personas que, por su especial relación con el deudor concursado, se beneficiaban de una capacidad de influencia o de información superior a la de los demás acreedores.

2. Financiación intragrupo y subordinación: sus posibles consecuencias concursales.

Enunciado el apartado de la subordinación de créditos provocada por la LC, conviene recuperar la advertencia que iniciaba este artículo sobre los límites y la modesta pretensión del mismo. La postergación o subordinación de los créditos concedidos entre sociedades de un mismo grupo es materia de gran alcance y que plantea problemas de diversa naturaleza. No es, solamente, una cuestión concursal. Desde un punto de vista sustantivo, se ha vinculado esa medida con el problema general de la infracapitalización, que no es estrictamente un problema de grupo, sino que incide de lleno en la disciplina del capital social⁹⁷.

En la medida en que las sociedades vinculadas eran acreedores que recibían un tratamiento idéntico a los demás, la concesión de créditos por cualquier vía a sociedades pertenecientes al mismo grupo por vías distintas a la dotación de sus fondos propios venía siendo una solución ampliamente difundida. A ello se añadía la ventaja de poder participar en

⁹⁶ V. GARRIDO, J.M., *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo/Beltrán), t. I, pp. 1673-1674.

⁹⁷ V., con carácter general, MASSAGUER, J., "La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios", en AA.VV., *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid (1994), p. 943 y ss. y SÁNCHEZ CALERO, F., "Insuficiencia del capital social y postergación legal de créditos", AAMN 34 (1995), p. 141 y ss.; con respecto a los grupos, Rojo, A., RDM 220 (1996), pp. 417-419.

los procedimientos de insolvencia de acuerdo con esa misma regla de paridad de trato, que, por supuesto, autorizaba que las sociedades vinculadas acreedoras pudieran ser titulares de créditos privilegiados o preferentes. La realidad de los procedimientos concursales bajo el régimen precedente exponía de manera nítida la siguiente paradoja: la insolvencia de una sociedad integrada en un grupo facilitaba que el procedimiento estuviera controlado por otras sociedades del grupo a través de su posición e influencia en los órganos concursales⁹⁸. Así, en procedimientos de suspensión de pagos pudimos asistir a situaciones en las que, en un momento determinado, afloraba en el balance de la sociedad filial la financiación que había venido recibiendo de su sociedad dominante o de otras sociedades del mismo grupo que, una vez integrada en la masa pasiva, suponía el instrumento determinante para aprobar la propuesta de convenio. Ante esa evidencia, quedaba siempre la desazón de comprobar cómo quien, en buena medida, era el principal responsable de esa insolvencia, a la postre era quien gozaba del poder de dirigir el procedimiento en una determinada dirección favorable a sus intereses.

Si tomamos en cuenta que el art. 122 LC priva de manera rotunda del derecho de voto en la junta de acreedores a quienes aparecen como titulares de créditos subordinados, habrá de concluirse que la LC supone un claro avance a la hora de superar las deficiencias apuntadas.. El grupo que, con frecuencia, ha tenido una participación en la génesis de la insolvencia o que ha decidido optar por el procedimiento concursal como solución alternativa a la de seguir inyectando recursos a uno de sus miembros, se ve relegado en cuanto a la solución del concurso. Frente a la criticable práctica que toleraba, por ejemplo, la Ley de Suspensión de

⁹⁸ V. MONTÉS, V., "El régimen de los créditos subordinados en la Ley concursal", ADC 1 (2004), p. 73.

Pagos, la aprobación del convenio va a quedar en manos de los acreedores extraños al propio grupo.

Esa circunstancia se va a traducir en distintas tendencias en la vida empresarial. Una primera consistirá en una progresiva y constante adaptación de los modelos de financiación empresariales, asumiendo así las consecuencias de la subordinación general de los créditos del grupo y de los socios. La subordinación pretende operar como un factor disuasorio frente a una deficiente financiación, en especial, ante situaciones de insuficiente dotación de recursos propios (“infracapitalización”). Los socios en general y el grupo, en especial, y sobre todo en el caso de estructuras jerárquicas, son titulares de lo que se ha descrito como el deber de financiar correctamente una sociedad. Esto no significa que deban proveer siempre y en todo momento a la sociedad participada de fondos, sino que esa aportación no implique, sobre todo en situaciones de crisis latente e inminente, desplazar el riesgo de la insolvencia sobre los acreedores. Creo que se ha sintetizado correctamente el problema en la doctrina y jurisprudencia alemanas: los socios (incluidas las “otras” sociedades del grupo) no tienen el deber de contribuir, en todo caso, a la superación de la crisis, pero si lo hacen, esto no debe suceder por medio de incentivar la aportación de recursos ajenos por terceros, sino a través de la dotación de los recursos propios⁹⁹. Que tal dotación no se produzca se compensará, llegado el concurso, por medio de la consideración como créditos residuales (al igual que los que dimanen del capital) de las aportaciones que esos sujetos hicieran por otras vías. Subordinación que,

⁹⁹ Razona y analiza desde la perspectiva económica “Grundsatz ordnungsgemässer Unternehmensfinanzierung” el reciente estudio de ENGERT, A., “Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsgemässer Unternehmensfinanzierung”, ZGR 6 (2004), pp. 816-817.

junto a una eficacia directa (sobre los créditos) despliega otra indirecta (a favor de los demás acreedores).

La segunda tendencia previsible afectaría a la oportuna iniciación del concurso de una sociedad participada. Ya no se va a poder seguir manteniendo la práctica en función de la cuál el procedimiento de insolvencia solo se iniciaba cuando, a pesar de una efectiva insolvencia, era la decisión final de la sociedad dominante la que provocaba la solicitud de declaración de suspensión de pagos o de quiebra.

La tercera consecuencia se reflejará en el contenido de los convenios allí donde la aprobación del mismo sea la forma de terminación del procedimiento concursal pretendida. En el régimen derogado, la mayoría de la que disponía el grupo en la junta de acreedores facilitaba la aprobación de convenios exageradamente rigurosos para la totalidad de los acreedores por la quita y espera que se fijaban. En el momento actual, el convenio recibirá la aprobación sólo en la medida en que reciba una positiva valoración por parte de los restantes acreedores. Circunstancia ésta que impondrá como presupuesto que la propuesta de convenio considere en particular los intereses de estos otros acreedores, a quienes pasa en buena medida el control del futuro de la sociedad¹⁰⁰. Frente a ello, suele invocarse que esa propuesta debe orientarse al respaldo del grupo que, precisamente por su condición de postergado, se convierte en un acreedor “residual”¹⁰¹.

¹⁰⁰ V. un interesante análisis de STANGHELLINI, L., “Proprietà e controllo dell’impresa en crisi”, Riv. soc. 5 (2004), en especial pp. 1068 y ss.

¹⁰¹ Es interesante el debate que la doctrina norteamericana viene planteando con respecto a la figura del “propietario residual” de sociedades insolventes. A la cuestión de hacia qué intereses debe orientarse la gestión de esas sociedades cara a su reestructuración o reorganización, algunos autores partidarios del *Law and Economics* han planteado que esa orientación no debe considerar tanto el respeto de los deberes legales de los administradores frente a los acreedores en general, sino criterios de eficiencia (v. una recapitulación en SHEINFELD, M.M./HARRIS PIPPITT, J., “Fiduciary Duties of Directors of a corporation in the Vicinity of Insolvency and after Initiation of a Bankruptcy Case”, The

3. La subordinación “automática”: ¿seguridad contra justicia?

Dicho quedó que la principal característica de la subordinación de los créditos de los demás miembros del grupo es la de constituir una solución legislativa precisa. Su aplicación exacta resulta sencilla, pues los tajantes términos de las disposiciones examinadas desplazan cualquier intento de matizar su alcance. Al igual que sucede con un posible espacio a la discrecionalidad judicial en esta materia, cuya eliminación se ha apuntado como uno de los fundamentos de la solución objetiva adoptada¹⁰². Pues bien, aun cuando resulte difícil atisbar alguna duda motivada por la aplicación del régimen legal, no lo es si nos centramos en los efectos de esta nueva regulación. En especial, en dos aspectos: su impacto para la financiación de las sociedades y la justicia inherente a esa subordinación general del grupo.

En lo relativo a la primera cuestión, la entrada en vigor de la LC ha comportado con suma probabilidad la revisión de las líneas generales de financiación intra grupo de los principales consorcios presentes en nuestro

Busines Lawyer 60-1 (2004), en especial p. 92 y ss.). Dado que los acreedores privilegiados tienen asegurado el cobro de su crédito, carecen de interés por implicarse en la reestructuración. En el lado opuesto están los accionistas: no van a cobrar nada, por lo que tampoco les interesa la reorganización. Quedan los acreedores restantes, a los que se concede el título de “residual owners” porque sus intereses coinciden con el de la sociedad.

Esta construcción ha sido ampliamente debatida y, en algún estudio reciente, severamente criticada por su imprecisión: v. LOPUCKI, L., “The Myth of the Residual Owner: An Empirical Study”, University of California Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series, nº 3-11, draft July 28, 2004, que expone de manera precisa la cuestión y afirma, a la vista del estudio de diversos procedimientos concursales, la dificultad de aplicar esa figura “... theories depending upon the existence of a single residual owner are unworkable. The problem is not merely that single residual owners are difficult to identify. The problem is that they rarely exist” (p. 4).

¹⁰² V. GARRIDO, J.M., “La graduación de créditos”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo) p. 242.

mercado. Por muy sólida que sea en el momento actual la situación patrimonial de sus distintos miembros, lo que no puede ignorarse es que la nueva normativa comporta que, ante una situación concursal, los créditos del grupo tendrán la condición de subordinados¹⁰³. De ahí que sea imaginable una actuación orientada a revisar esa situación con vistas a adaptar el endeudamiento entre y con otras sociedades del grupo a la nueva situación legislativa. Revisión que se traducirá principalmente en resolver una alternativa evidente: la conversión de algunos de esos créditos en fondos propios de la sociedad o la cancelación de los mismos, con frecuencia por medio de su traspaso a acreedores externos. Traspaso que, no ha de olvidarse, no exime de la condición subordinada al crédito cuando se produce una declaración concursal de la deudora dentro de los dos años siguientes, período durante el que su nuevo titular seguirá siendo considerado una persona especialmente vinculada con la concursada (art. 93.3 LC). Soluciones que, en la medida en que caigan en su ámbito de aplicación podrán motivar el ejercicio de acciones de rescisión o impugnación, de verse abocada la deudora de esos créditos finalmente al concurso.

Pero al margen de esos efectos inmediatos sobre los créditos existentes, lo que resulta más interesante es analizar si la subordinación concursal va a afectar a la futura financiación de los grupos, tal y como pronosticábamos al inicio de este apartado. En sentido negativo se

¹⁰³ Pudiera atisbarse aquí la conveniencia de una solución transitoria, v. gr. Por medio de una disposición que precisara que la subordinación sólo resultaba aplicable respecto de los créditos nacidos después de la entrada en vigor de la LC. Frente a ello se alzaría el amplio plazo de un año entre la publicación y la vigencia de la LC, que consentía una “puesta al día” de los créditos del grupo. Objeción que, a pesar de su fundamento, no priva de sentido a una –ya imposible– solución transitoria. La financiación de las empresas –en especial de las medianas y grandes que suelen integrar los grupos– no resulta fácil de revisar bajo la presión de una inminente norma que va a llevar a mejor y peor condición a buena parte de los créditos afectados por la revisión.

sostiene que, puesto que la subordinación sólo opera en el caso de un procedimiento concursal, ello no impedirá la realización de operaciones por una sociedad solvente¹⁰⁴. Se apunta así a algo evidente: la subordinación no es general, ni siquiera preconcursal. Pero esa observación, aún acertada, no nos disuade de continuar sosteniendo que la subordinación concursal –siquiera sea como riesgo puramente teórico- va a condicionar de forma inequívoca la financiación dentro del grupo. Todo crédito se concede –junto a otras consideraciones esenciales para el acreedor- atendiendo especialmente al rango en el que queda su titular. La evidencia de ello nos la ofrece la contratación bancaria, en donde *ratios* y *coeficientes* traducen de manera objetiva el rango del crédito, con independencia de la solvencia de la entidad deudora¹⁰⁵. Precisamente, los efectos de la subordinación concursal sobre el mercado de crédito se van a percibir de manera directa en los grupos que integran a entidades de crédito, que van a tener en cuenta ese carácter subordinado a la hora de concentrar riesgos en las sociedades del mismo grupo.

En cuanto a la segunda cuestión –la justicia de la solución legislativa-, en su planteamiento podemos valernos de la contraposición entre la seguridad jurídica y la justicia, reiteradamente esgrimida en la aplicación jurisprudencial de la doctrina del levantamiento del velo. En ésta, se afirma que frente a la seguridad que depara la formulación igualmente precisa de las normas en materia de personalidad jurídica y responsabilidad limitada de sus integrantes, ha abrirse paso a una solución justa que impida abusos o fraudes. En la subordinación

¹⁰⁴ V. GARRIDO, J.M., *loc. cit.*, p. 243.

¹⁰⁵ No puede ignorarse que, objetivamente, los créditos subordinados presentan las más bajas cuotas de satisfacción o recuperación: v. AA.VV., "Credit Ratings and Complementary Sources of Credit Quality Information" (dir. Estrella, A.), en Basel Committee on Banking Supervision Working Papers, nº 3 (agosto 2000), pp. 128-129.

consecuencia de la existencia del grupo, podemos preguntarnos si la seguridad jurídica que resulta de la certeza con la que la LC la impone con carácter general para todos los créditos del grupo, constituye una solución igualmente justa por estar plenamente fundamentada.

Existe coincidencia a la hora de deducir que la subordinación derivada de la vinculación entre los titulares de los créditos afectados y la sociedad insolvente parte de la presunción de que se trata de sujetos que, precisamente por el carácter de esa relación, disfrutaban de un privilegio informativo en el momento de conceder el crédito en lo tocante a la solvencia de la entidad. De acuerdo con esa construcción, la sociedad dominante, cuando menos, y las demás sociedades vinculadas del grupo en no pocos casos, disponen de medios suficientes para conocer cuál es la situación patrimonial de una sociedad. El corolario de tal premisa es múltiple y se proyecta, en primer lugar, sobre el tratamiento de los créditos del grupo. Sus miembros no deben aprovechar esa condición para convertirse en titulares de créditos privilegiados, traduciendo su ventaja informativa en una correspondiente superioridad patrimonial derivada de la afectación de determinados bienes del deudor a la satisfacción de sus créditos (que materializarán por medio de su presencia en la gestión de la sociedad deudora). Como no está justificado que reciban un trato igual al de los demás acreedores, que no disfrutaban de esa ventaja informativa, tampoco pueden ser titulares de créditos ordinarios. En ese sentido, la subordinación –como nos explica la E. de M. De la LC- es una excepción negativa¹⁰⁶ al principio de trato de los accionistas. Dado que es al grupo – como a los propios socios- a quienes corresponde primariamente financiar

¹⁰⁶ La calificación como “antiprivilegio” derivada de la subordinación es una calificación doctrinal coincidente: v., por todos, GARRIDO, J.M., *Tratado de las preferencias del crédito*, p. 524; con un lenguaje más actual de discriminación negativa” habla GUILARTE GUTIÉRREZ, v., *Comentarios a la Legislación Concursal*, (dirs. (Sánchez-Calero/Guilarte), t. III, p. 2029.

a esa sociedad, sea por medio de sus fondos propios o por medios alternativos, a toda esa financiación se la somete a la común categoría de créditos de rango postrero. El grupo deviene en acreedor residual.

En segundo término, la relación que parece existir entre la subordinación concursal y las ventajas inherentes a la relación de grupo con la sociedad insolvente apunta a otro de los principios concursales: la oportuna iniciación del concurso. Para profundizar en este apartado, quizás convenga comenzar por enunciar lo que cabe describir como el valor testimonial de la financiación del grupo. En la práctica empresarial y financiera el apoyo financiero del grupo es observado con atención por los acreedores potenciales. De forma que éstos estarán en disposición de apoyar a la sociedad vinculada en la medida en que previa o simultáneamente lo haga el grupo o, sencillamente, su sociedad dominante, sea directa (con nuevas aportaciones o financiaciones) o indirectamente (el ejemplo típico es el de la garantía por la filial y a favor de los nuevos acreedores). En sentido opuesto, la cesación o la ausencia de apoyo financiero del grupo se ha revelado históricamente como uno de los indicadores inequívocos de una crisis actual o próxima.

Dado que el grupo debe conocer cuál es la situación patrimonial de cada uno de sus miembros, la subordinación de los créditos de los que es titular le llevará a no conceder nuevos créditos ante una insolvencia inminente e impulsar la iniciación del procedimiento concursal por parte de la sociedad insolvente. No tiene sentido que se prolongue una situación de insuficiencia patrimonial, sobre todo si quienes primariamente tiene la obligación de contribuir a superar la situación concediendo nuevos créditos no están en disposición de hacerlo, entre otras razones por la eficacia disuasoria que para ello comporta la futura subordinación concursal. Menos sentido tendría que se permita que la falta de

financiación de los otros miembros del grupo, pueda ser suplida por terceros, carentes del conocimiento de una futura insolvencia.

Así pues, vemos cómo la subordinación conlleva inequívocos efectos positivos. A pesar de ellos, la solución puede parecer injusta si pensamos, en particular, en su alcance. Puesto que afecta por igual a todos los créditos que el grupo pudiera haber concedido, nos encontramos con que cabe remontar sus efectos a financiaciones a largo plazo, concedidas con notable antelación sobre la iniciación del concurso. O alcanzar a operaciones concedidas para la actividad ordinaria de la sociedad filial y en condiciones absolutamente normales o, incluso, más favorables para la deudora que las que podían alcanzarse en aquél momento en el mercado. Parece olvidarse que la contribución del grupo favorece también a terceros extraños al mismo, singularmente a los demás socios de la sociedad insolvente. La financiación del grupo habrá dispensado del recurso a las aportaciones de estos últimos. Esfuerzo desigual que no se ve paliado por el idéntico trato que merecen ambos en materia de subordinación.

Como tampoco puede ignorarse que en ese caso, la sanción al grupo puede venir originada por la negativa de los demás socios al fortalecimiento de los recursos propios de la sociedad devenida finalmente. En efecto, tal sucede allí donde los socios externos se opusieron en su día a que la aportación financiera del grupo se hiciera vía aumento del capital porque, o bien se diluía la aportación de aquellos, o bien se les imponía un proporcional esfuerzo patrimonial. De manera que, a la postre, resultó ser el del grupo el único apoyo recibido que, además, padece la subordinación a pesar de no haber comportado una mayor capacidad de influencia en el seno de la sociedad participada.

También puede resultar excesivamente severa la sanción en aquellos supuestos en los que, iniciado el procedimiento concursal, pero al

margen del mismo, una sociedad del grupo y garante de un crédito privilegiado, lo satisface a su titular. El resultado de esa acción presenta una notable desproporción: quien cumple en lugar de la sociedad insolvente, no sólo no hereda el privilegio especial, sino que tampoco sustituye en el rango a aquél a quien pagó (cifr. art. 1839.1 del Código Civil). Los bienes propiedad de la sociedad concursada que hasta entonces estaban especialmente afectos a la satisfacción de ese crédito, se reintegran en beneficio de todos los acreedores a la masa activa, si bien quien provocó tan favorable circunstancia sólo se beneficiará del mismo en tanto previamente lo hayan hecho los restantes acreedores. Estos aparecen como los grandes beneficiarios de la subordinación objetiva, mientras que el grupo será la víctima de la misma. Pero, en realidad, las consecuencias del sistema se proyectan de manera directa sobre el patrimonio de la sociedad garante, es decir, en detrimento de sus socios y acreedores.

Todo ello nos lleva a concluir que probablemente, la seguridad jurídica que la LC depara en esta cuestión no va a dar lugar siempre a un resultado justo. Aún cuando algunas de las ideas expuestas puedan justificar sobradamente que el grupo pueda verse afectado por la subordinación concursal de sus créditos, quizás habría resultado más adecuado reservar esa posibilidad clasificatoria aquellos créditos que, bien por su antigüedad con respecto a la fecha de la iniciación del concurso o bien por sus condiciones, debieran ser subordinados por implicar una ruptura del objetivo de la oportuna iniciación del concurso o de cualquiera otro de sus principios fundamentales.

VII. UN APUNTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD DOMINANTE O DEL GRUPO POR LAS DEUDAS DE LA SOCIEDAD INSOLVENTE

Este último apartado debe servir para de forma muy precisa, abordar la cuestión de si, ante la insolvencia de una de las sociedades del grupo, autoriza la LC la consideración de que existe una responsabilidad patrimonial del grupo frente a terceros. Se trata de un problema esencial en el Derecho de grupos, ampliamente tratado por nuestra doctrina¹⁰⁷ y jurisprudencia.

Dado que la responsabilidad patrimonial del grupo pasa necesariamente por superar la personalidad jurídica independiente de cada uno de sus miembros, el problema apuntado nos conduce a la figura del levantamiento del velo. La utilización de esta teoría en el ámbito concursal implica un replanteamiento, precisamente por el alcance del procedimiento de insolvencia. Se trata de una figura que ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia en distintos órdenes y con respecto a una gran variedad de casos¹⁰⁸. Bien es cierto que en algunos de ellos con particular intensidad.

A modo de recapitulación creo que puede decirse que en el ámbito de nuestra jurisprudencia civil, frente a una tendencia quizás excesiva a solventar mediante esa técnica las más diversas pretensiones, actualmente se viene optando por una aplicación más restrictiva, que devuelva la técnica del levantamiento del velo a sus presupuestos originales. En

¹⁰⁷ V., por todos, el estudio de GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, y su posterior trabajo "La responsabilidad de la matriz de una empresa de grupo por las deudas de sus filiales en el Derecho español. Situación legislativa y actuación de los tribunales", RDM 247 (2003), p. 75 y ss.

¹⁰⁸ V. BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*³, El Cano (2000), p. 207 y ss., y FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Madrid (2001), p. 292 y ss.

especial, se insiste en la importancia que tiene el levantamiento del velo de la personalidad jurídica como una solución excepcional ante actuaciones abusivas e incompatibles con el principio de la buena fe, en donde la interposición de una sociedad y del principio de la responsabilidad limitada de sus socios encubre, sencillamente, una intención claramente defraudatoria hacia los acreedores¹⁰⁹. Argumentos de necesaria consideración en el régimen de las insolvencias y crisis empresariales.

A sensu contrario, lo que ya no puede persistir es la voluntad de generalizar el recurso al levantamiento del velo como una técnica de abolición de los efectos de la personalidad jurídica y, en definitiva, como una fácil herramienta para conseguir una declaración de responsabilidad solidaria allí adonde ni se fijó contractualmente, ni puede proclamarse a partir de norma legal alguna¹¹⁰. En el ámbito contencioso administrativo, el levantamiento del velo tiene un marcado carácter excepcional cuando sirve para determinar una responsabilidad tributaria de otros sujetos distintos de quien aparece como sujeto pasivo de un determinado impuesto¹¹¹. Carácter excepcional que es lógico allí donde, como ya vimos,

¹⁰⁹ V., entre la amplísima jurisprudencia que se ha ocupado de la figura desde la lejana STS de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984\2800), las de 6 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9100) y 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7267).

¹¹⁰ Es interesante al respecto la STS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6754) que afirma la responsabilidad de una empresa editorial tomando en consideración, entre otros argumentos, el art. 22 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta que establece: *“Responsabilidad en caso de varias publicaciones.- Si las empresas periodísticas publican varios periódicos, las responsabilidades económicas en razón de esta Ley, derivadas de cualquiera de ellos podrán hacerse efectivas sobre la totalidad del patrimonio. El pacto limitativo de esta responsabilidad será nulo”*.

¹¹¹ V. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 19 de abril de 2003 (RJ 2003\7083): *“No obstante, en los últimos años se han utilizado para eludir los tributos fórmulas societarias cada vez más complejas y sofisticadas, lo cual ha dado lugar a trabajos doctrinales muy profundos que han estudiado los denominados «negocios jurídicos anómalos», que se han pretendido subsumir en la simulación, en el fraude de Ley, en los negocios fiduciarios, y en la nueva categoría de «negocios indirectos», como combinación de varios actos y contratos con los que se consigue un propósito elusivo de los tributos, pero lo que no ha habido es una aplicación*

existe una responsabilidad solidaria de las sociedades del grupo con respecto a determinados impuestos directos.

De aplicación general de la figura podemos hablar, sin embargo, en el ámbito de la jurisdicción social en el que la defensa de los intereses de los trabajadores hace tiempo que sentó como doctrina jurisprudencial la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo. Ahora bien, creo que en este concreto punto es también oportuno ser cuidadosos y recordar que esa doctrina, plenamente asentada, no es automáticamente trasladable a cualquier otro ámbito jurídico-contractual, sino que se asienta sobre principios expresamente acogidos en la legislación laboral (en particular en el Estatuto de los Trabajadores) y cuya vigencia es esencial para la adecuada tutela de los intereses que en ese concreto ámbito normativo merecen una especial consideración¹¹². En particular, la jurisprudencia social viene exigiendo características precisas como son la confusión de plantilla y patrimonio, la apariencia externa de unidad empresarial y la unidad de dirección, de forma que advertida una dirección unitaria, se imponga al aspecto jurídico-formal de sociedades separadas, una misma realidad económica que se proyecta *“a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales”*¹¹³.

general de la doctrina del «levantamiento del velo societario», precisamente por la existencia de normas legales concretas sobre la materia, deduciéndose ilógicamente, «a sensu contrario», que sólo era admisible superar la personificación jurídica en los casos especialmente admitidos por Ley, sin embargo, la excepcionalidad del caso de autos justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo societario» que ha sido reconocida con carácter general en nuestro Derecho”.

¹¹² V. MOLINA NAVARRETE, C., *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Bolonia (1995), p. 121 y ss.

En el ámbito concursal, dado el carácter general de la doctrina del levantamiento del velo, cabe plantear que su invocación se siga produciendo al objeto de obtener la declaración judicial de reconocimiento a favor de los acreedores de una solidaridad pasiva del grupo que permita a un acreedor reclamar de cualquiera de las integrantes del grupo el pago de su crédito. A los jueces y Tribunales competentes en materia concursal corresponde ahora la construcción de una teoría específicamente aplicable en dicho ámbito. Las varias razones que hemos esgrimido a lo largo de este trabajo deberían llevar a reclamar una ponderada aplicación de dicha doctrina como fuente de responsabilidad patrimonial. Dicho de una manera clara: la relación de grupo no legitima por sí misma la pretensión de convertir en responsables de las deudas de la insolvente a las sociedades vinculadas con ella. Ni siquiera a la sociedad dominante.

Desde el punto de vista procesal, no parece que existe inconveniente para plantear ante un juez distinto del que viene conociendo del concurso, una pretensión declarativa de responsabilidad patrimonial dirigida contra las demás sociedades del grupo. El principio de jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso encuentra su concreción en el art 8 LC, sin que se encuentre entre las materias que detalla como competencia del juez del concurso una pretensión del carácter expuesto.

Ahora bien, frente a la posibilidad de admitir una demanda de esa naturaleza, nos encontramos, en primer lugar, con aquellas disposiciones que someten al grupo de la sociedad insolvente al procedimiento concursal. Como ya se explicó, las demás sociedades vinculadas se ven convertidas en titulares de créditos subordinados, que además de no poder participar en la aprobación de un eventual convenio (art. 122.1 LC),

¹¹³ STS (Sala de lo Social) de 30 de diciembre de 1995 (RJ 1996\1003); en igual sentido, la precedente STS (Sala de lo Social) de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990\3946).

ven limitada la posibilidad del cobro de sus créditos a la previa satisfacción íntegra de los créditos ordinarios (art. 158 LC, que a su vez presume el previo pago de los créditos contra la masa y de los créditos privilegiados). Puede objetarse, no sin razón, que no está justificado que tan riguroso sometimiento al concurso de la sociedad insolvente perteneciente al mismo grupo, resulte compensado con la interdicción de acciones contra el grupo fundadas exclusivamente en deudas de la sociedad insolvente. De tal manera que cualquier pretensión de hacer responsable al grupo o a sus integrantes por deudas propias de la sociedad concursada sólo pueda plantearse dentro del procedimiento concursal.

Esta argumentación creemos que además es congruente con la posibilidad que el art. 172.3 LC abre para que la sociedad dominante resulte condenada en el marco de la calificación del concurso. Dos son los presupuestos para que se de esta situación: el primero el de la calificación del concurso como culpable (arts. 164 y 165 LC); el segundo, el de considerar a la sociedad dominante como uno de los sujetos susceptibles de ser encuadrados en la categoría del administrador de hecho¹¹⁴. Así nos encontramos con que situaciones como la tardía solicitud de declaración del concurso como consecuencia de las instrucciones que a los administradores de la filial transmitía la sociedad dominante o como la transmisión a favor de la sociedad dominante de determinados bienes o derechos de la filial en concurso, abrirían la puerta a condenar a aquélla

¹¹⁴ V. especialmente FUENTES NAHARRO, M., "La funcionalidad de la figura del administrador de hecho como vía de imputación de responsabilidades intragrupo (una aproximación a la delimitación conceptual de la figura)". Junta a esta solución concursal a favor de tal responsabilidad, aparece una orientación general igualmente favorable a partir de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas (v. art.133.2) por parte de la Ley de Transparencia: v. EMBID IRUJO, J.M., "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia", RCDI 685 (2004), p. 2403 y ss.

conforme a lo dispuesto en el art. 172 LC, como sujeto concursalmente responsable¹¹⁵.

Al juez del concurso corresponde motivar las razones que le permiten atribuir a la sociedad dominante la administración de hecho de la sociedad insolvente. No creemos que sea bastante a esos efectos la mera invocación de la unidad de decisión o de las nociones de influencia decisiva o de control características de la figura del grupo. La condición de administrador de hecho como presupuesto de una condena tan rigurosa como la que autoriza el art. 172 LC reclama elementos específicos que en cada caso permiten al juez su atribución. A partir de ahí, la sociedad dominante puede verse obligada a reintegrar el patrimonio de su filial conforme a lo dispuesto en el art. 172.2, 3º LC, o a pagar a los acreedores concursales el importe de los créditos no percibidos en la liquidación de la masa activa.

Si a ello añadimos el amplio catálogo de acciones (v. arts. 8.6 y 71 LC) que, planteadas ante el juez del concurso, permiten alcanzar objetivos afines a los expuestos y que se suman a las acciones correspondientes para obtener una sentencia de calificación con el contenido expuesto, creemos fundamentada la opinión contraria a admitir cualquier acción extraconcursal destinada a una suerte de obtener una declaración de responsabilidad del grupo o de su sociedad dominante por medio del recurso a la figura del levantamiento del velo.

¹¹⁵ Sobre la categoría de la responsabilidad concursal, v. el reciente estudio de GARCÍA-CRUCES, J.A., "La responsabilidad concursal", en especial p. 269 y ss., en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores* (dirs. Rojo/Beltrán), Valencia (2005).

VIII.- RECAPITULACIÓN

La relación entre la existencia de un grupo de sociedades y su crisis patrimonial, total o parcial, ha manifestado históricamente su importancia, por dar lugar a algunas de las insolvencias de mayor alcance, y su complejidad. Esta característica se deriva de la pluralidad de relaciones e intereses que provoca la existencia del grupo, que nuestro Derecho de sociedades ha abordado hasta ahora de manera fragmentaria y esporádica.

El nuevo régimen concursal invitaba a examinar la cuestión del concurso del grupo. Las páginas anteriores han buscado ofrecer algunos de los aspectos más destacados de la nueva regulación. De la LC no debía esperarse que llevara a cabo una regulación de cuestiones sustantivas del grupo, por ser esta función propia del Derecho de sociedades. Lo que la LC ha llevado a efecto es una consideración específica del grupo como eventual protagonista del concurso. Para ello, son distintas las disposiciones que regulan la iniciación, acumulación, tramitación y fiscalización de ese supuesto de insolvencia, con la primordial y acertada intención de coordinar el concurso de sociedades vinculadas. De esas disposiciones, la posibilidad de declaración conjunta del concurso que autoriza el art. 3.5 LC debe ser analizada con especial atención, en especial para no convertirla en un argumento a favor de la denominada consolidación sustancial. Igualmente, la subordinación de los créditos del grupo es una solución severa y que va a motivar una revisión inmediata de las relaciones financieras entre sus integrantes.

Dicho lo cual, ha de concluirse que, en cualquier caso, la LC ha supuesto un avance muy considerable con respecto a la regulación del

supuesto analizado, de manera que el concurso de grupos va a contar con soluciones legislativas en sus aspectos fundamentales.

Febrero 2005